

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, 349 págs.

por

ROSANA PÉREZ GURREA

*Abogada*

*Doctorando en Derecho*

Escribir sobre la obra de la Profesora Inmaculada LÓPEZ-BARAJAS en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* es siempre un placer, dada la calidad de la misma, como lo manifiesta su acreditada actividad investigadora.

En el libro, objeto de esta recensión, la autora lleva a cabo un estudio sistemático y actualizado de la intervención de las telecomunicaciones, las cuales han experimentado una evolución extraordinaria en los últimos años, dando paso a la denominada «sociedad de la información» en la que la aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación.

El libro se estructura en seis capítulos a lo largo de los cuales se abordan aspectos de gran actualidad, como el «procedimiento integrado de interceptación (SITEL)», mecanismo a través del cual se puede interceptar cualquier tipo de comunicación electrónica y se analizan aspectos que han suscitado un gran debate jurídico como la inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor como garantía del derecho de defensa, o la extensión y límites del deber de conservación de datos impuestos a las operadoras que prestan servicios de comunicaciones electrónicas.

En el Capítulo Primero, bajo la rúbrica «El derecho al secreto de las comunicaciones y las nuevas tecnologías», la autora pone de relieve la gran importancia que las tecnologías de la información han alcanzado en los últimos años, desarrollo que contrasta con la escasa regulación vigente en la materia. La intervención de las comunicaciones constituye una diligencia fundamental en la investigación criminal que sigue estando deficientemente regulada y en la que la jurisprudencia tampoco resuelve con criterios uniformes los problemas que plantea en la actualidad la interceptación de las nuevas formas de comunicación, cuestiones todas ellas que han de ser tratadas buscando el adecuado equilibrio entre el respeto a las garantías procesales y la necesaria incorporación de las nuevas técnicas de investigación como medio de persecución de los delitos.

El derecho al secreto de las comunicaciones, tipificado como derecho fundamental, *ex artículo 18.3 de la CE*, ha experimentado una gran expansión que ha sido puesta de relieve tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ya que los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años hacen necesario extender la protección deferida constitucionalmente a los nuevos ámbitos derivados de las modernas tecnologías. Se analiza el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones, cuyo carácter eminentemente formal, que lo distingue del carácter material que tiene el derecho a la intimidad, impide grados de actuación, de tal forma que la incidencia no consentida de un tercero en el objeto del derecho implica una infracción del mismo de alcance constitucional. En definitiva, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones goza del máximo nivel de protección, que se extiende no sólo al contenido de la conversación, sino también a los datos técnicos reservados, a través de los cuales podría llegar a conocerse la existencia misma de la comunicación. El

concepto de datos externos se ha visto desbordado por la expresión «datos de tráfico», que implica una noción más amplia, que como indica la Ley de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas 25/2007, de 18 de octubre, se refiere a los datos que se han generado en el marco de una comunicación de telefonía fija, móvil o internet, para cuya obtención se exige la correspondiente autorización judicial.

Se analizan los tres derechos conexos que confluyen en el sector de las comunicaciones electrónicas, que son el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos, estableciendo una delimitación precisa entre ellos, ya que aunque se trata de derechos conexos están sujetos a un régimen jurídico diferente.

Merece una consideración especial la detección de ciertos datos (IMSI e IMEI), dada la polémica jurisprudencial que se ha generado en torno a su régimen jurídico, analizando las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sentadas en la materia.

A continuación, la autora analiza el concepto de comunicación protegida por el artículo 18.3 de la CE, en cuanto proceso de transmisión de mensajes que se realiza en el ámbito de la privacidad de los comunicantes, aludiendo a su clasificación, teniendo en cuenta el sistema de *numerus apertus* de la enumeración constitucional, lo que maximiza el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones y refiriéndose, finalmente, a su régimen legal, poniendo de manifiesto las lagunas legales existentes que tratan de ser colmadas con los pronunciamientos jurisprudenciales que recogen el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones y que operan como un mínimo para determinar la legitimidad de cualquier medida de intervención de las comunicaciones. Siendo conveniente, en todo caso, la promulgación de una Ley reguladora de las intervenciones electrónicas que proporcione una regulación estable que nos permita superar la disparidad de criterios que existen en la jurisprudencia.

En el Capítulo Segundo se exponen los requisitos que han de cumplir las intervenciones electrónicas para que produzcan efectos en el proceso y tener así cobertura constitucional que son: previsión en la Ley, adecuación a los fines legítimos establecidos genéricamente y carácter necesario en una sociedad democrática. En cuanto a la previsión legal, se pone de manifiesto la insuficiencia del artículo 579 de la LECrim ante el considerable número de lagunas que contiene, lo que ha sido denunciado reiteradamente por los autores que han estudiado esta materia, demandando una regulación específica y detallada que nos proporcione pautas legales claras garantizando los derechos constitucionales y, sobre todo, la intimidad y el derecho de defensa.

Al ser el secreto de las comunicaciones un derecho fundamental, su limitación debe rodearse de las máximas garantías, lo que implica la garantía jurisdiccional de la intervención, la cual además ha de someterse al más estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad. No basta que la medida esté prevista en la Ley y sea adoptada por un juez, sino que resulta imprescindible que se justifique objetivamente para el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiendo existir una proporción entre los diferentes intereses en conflicto.

Al final de este capítulo se estudia el ámbito subjetivo de la intervención, prestando una especial atención a un tema que ha suscitado un gran debate jurídico, como es la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Como muy acertadamente señala la autora, la legitimidad de esta intervención no debe analizarse desde la exclusiva órbita del derecho al secreto de las co-

municaciones, *ex artículo 18.3 de la CE*, sino también a la luz del derecho de defensa que reconoce el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Nuestro derecho positivo solo prevé expresamente la intervención de las comunicaciones entre el abogado y el cliente en el caso de delitos de terrorismo, no obstante ha sido muy debatida la interpretación que debe darse al artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que regula las comunicaciones de los internos con el abogado defensor, diciendo que «no podrán ser suspendidas o intervenidas, salvo orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo». Este artículo ha sido interpretado tanto por el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 28/2010, de 25 de marzo, como por el TC en sentencias 183/1994 y 58/1998, declarando que estos dos requisitos han de concurrir de forma acumulativa no como condiciones alternativas.

Las consideraciones expuestas por la autora con claridad y precisión determinan que las comunicaciones con el abogado sólo pueden ser intervenidas en circunstancias muy excepcionales y rodeándose de las mayores garantías, para no poner en entredicho la estructura constitucional de nuestro sistema de derechos y libertades y, sobre todo respetar uno de nuestros más importantes derechos fundamentales como es el derecho de defensa.

En el Capítulo Tercero se analizan los elementos objetivos y el elemento temporal, en cuanto a los primeros, la intervención de las comunicaciones al ser una medida de exclusiva concesión judicial, debe estar suficientemente motivada y justificada. La legitimidad de la intervención exige que el órgano jurisdiccional exteriorice la concurrencia de los presupuestos materiales de la injerencia (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos), así como la necesidad y adecuación de la misma a la finalidad perseguida. Como consecuencia de la interceptación producida dentro de una investigación criminal pueden aparecer nuevos hechos distintos de los originariamente investigados, son los llamados hallazgos casuales, los cuales poseen eficacia investigadora y probatoria siempre que se cumplan los requisitos exigidos.

Es exigencia derivada del principio de proporcionalidad, que la resolución judicial que acuerde la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones fije un límite temporal. La autora plantea la contradicción existente entre los artículos 579.3 de la LECrim y el 302.2 de la misma Ley, así como los diferentes sentidos con que ha sido resuelta doctrinalmente, para terminar analizando el cómputo del plazo previsto en la resolución judicial que autoriza la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones.

En el Capítulo Cuarto se analiza la extensión y límites del deber de conservación de datos impuesto a las operadoras que presten servicios de comunicaciones electrónicas, el fundamento de este deber se encuentra en la necesidad de garantizar el mantenimiento de unos datos con vistas a su eventual utilización en el marco de un proceso penal. Como indica la Directiva 2006/24/CE y la Ley de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas 25/2007, de 18 de octubre, los datos solo pueden ser objeto de conservación para los fines exclusivos que expresamente se establecen y que consisten en la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves, definidos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro.

La Comisión Europea ha elaborado un dictamen de evaluación de la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos, donde manifiesta la importancia de conservar este tipo de datos como elemento probatorio en delitos graves o de terrorismo. Sin embargo, revela deficiencias, entre las que destaca que la Directiva, por sí sola, no garantiza que los datos sean tratados con pleno respeto a la

intimidad y a la protección de datos personales, por lo que revisará las normas vigentes de cara a proponer un marco jurídico reforzado.

En el Capítulo Quinto se analiza con detenimiento «el procedimiento integrado de interceptación» de las comunicaciones (SITEL), que utiliza un *software* o aplicación informática instalada en los proveedores de servicios de las redes de telecomunicaciones que ha dejado obsoleto el uso del tradicional magnetófono. La novedad y complejidad de este sistema de funcionamiento que plantea SITEL determina que los pronunciamientos que ha dictado el TS no contengan todavía un análisis riguroso y sistemático del mismo, sin perjuicio de que ante la insuficiencia de la normativa reguladora constituyan un elemento indispensable para acercarnos a esta nueva técnica de interceptación. Se analizan sus elementos, las medidas previstas para garantizar el secreto y la confidencialidad de las comunicaciones, así como la información relativa a la intervención. Se plantea la suficiencia del rango normativo de la regulación de SITEL y se aborda una de las cuestiones más controvertidas de esta intervención como es el procedimiento de entrega de las informaciones grabadas.

Constituye una garantía esencial para evitar abusos que se proceda a la destrucción de los soportes, una vez que estos han cumplido su objetivo y, carecen de relevancia en el proceso, materia sobre la que existe una importante laguna en nuestro Derecho Positivo.

Por su parte, la Sala de lo Penal del TS ha ordenado en una reciente sentencia que los Tribunales acuerden de oficio la destrucción de las grabaciones originales obtenidas por SITEL, precisamente para evitar que los datos de una investigación con autorización judicial puedan ser reutilizados para otros hechos diferentes.

En el Capítulo Sexto se aborda la eficacia probatoria de la intervención de las telecomunicaciones; en el proceso penal la teoría de la prueba tiene una gran importancia, ya que determina las condiciones que van a permitir aportar al proceso los medios que lleven al Juzgador al convencimiento de lo que está siendo sometido a su enjuiciamiento, pero para ello debe tratarse de una prueba legítimamente obtenida, entendiendo por esta, no solo la que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria. Se analiza esta cuestión tomando como punto de partida el artículo 11 LOPJ, que priva de valor procesal a las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, los derechos o libertades fundamentales.

Uno de los aspectos más discutidos de la prueba prohibida gira en torno a su alcance, la autora precisa el concepto de la eficacia, refleja y analiza sus límites a través de lo que el TC ha denominado conexión de antijuridicidad, distinguiendo entre causalidad natural y jurídica, para terminar analizando, de una manera clara y precisa, el tratamiento procesal de la ilicitud probatoria.

Finalmente, indicar que este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología titulado «Las reformas de la Justicia Penal» (SEJ 2007-62039), y del que es investigador principal el Profesor Doctor don Vicente GIMENO SENDRA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

La Profesora LÓPEZ-BARAJAS es autora de otros tantos trabajos que atestiguan la calidad y solidez de su línea de investigación.

En definitiva, estamos ante una obra elaborada con gran rigor intelectual, destacando la oportunidad del tema elegido abordando aspectos de gran actualidad, así como la sistematica empleada que facilita la lectura, análisis y comprensión de la materia, por lo que solo nos queda felicitar a su autora por su

brillante aportación doctrinal, que será objeto de múltiples consultas cada vez que tengamos inquietudes que satisfacer.

Por todo ello, se trata de una obra de imprescindible consulta para todos los profesionales del Derecho y los distintos operadores jurídicos en la que el tratamiento de todos estos temas se efectúa buscando el equilibrio necesario entre el respeto a los derechos individuales y las garantías procesales y la necesaria incorporación de las nuevas técnicas de investigación en la persecución de los delitos.