

ARTÍCULO DOCTRINAL

LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL.

Juan Antonio Del Barco Delgado

DOCRIM

REVISTA CIENTÍFICA

Fecha de recepción: 30 de abril de 2024.

Fecha de aceptación: 1 de junio de 2024.

LOS PRINCIPIOS RECTORES EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS DE INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

THE GUIDING PRINCIPLES IN THE FRAMEWORK OF WIRETAPPING MEASURES IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Juan Antonio Del Barco Delgado¹

RESUMEN

El presente estudio se centra en las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales en el Derecho Procesal español, específicamente en la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Se analiza la regulación de estas medidas en los capítulos IV y V, Título VIII del libro II, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se revisan los principios rectores que deben guiar su aplicación: especialidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La importancia de estas medidas radica en su potencial para obtener indicios incriminatorios, especialmente en el contexto de la evolución tecnológica y el incremento

¹ Estudiante del máster de acceso a la abogacía en la Universidad de Málaga. Correo electrónico: juandelbarcodegado@outlook.com

de la ciberdelincuencia, habida cuenta de su mayor uso y, por tanto, de su potencial injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

ABSTRACT

This paper focuses on investigative measures restricting fundamental rights in Spanish procedural law, specifically on the interception of telephone communications. It analyzes the regulation of these measures in Chapters IV and V, Title VIII of Book II, of the Criminal Procedure Law, and reviews the guiding principles that should guide their application: specialty, suitability, necessity and proportionality in the strict sense.

The importance of these measures lies in their potential to obtain incriminating evidence, especially in the context of technological evolution and the increase in cybercrime, given their increased use and, therefore, their potential interference with the right to secrecy of communications.

PALABRAS CLAVE

Interceptación de las comunicaciones telefónicas; indicios; base objetiva; proporcionalidad; motivación.

KEYWORDS:

Interception of telephone communications; evidence; proportionality; objective basis; motivation.

SUMARIO: I. Introducción: Principios rectores de las medidas de investigación del art. 588 bis II. El principio de especialidad. i. La prohibición de las investigaciones prospectivas. ii. La llamada “base objetiva” en el principio de especialidad. III. El juicio de proporcionalidad: Idoneidad, Necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad en sentido estricto. i. El principio de idoneidad. ii. El principio de necesidad y excepcionalidad. iii. El principio proporcionalidad en sentido estricto. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: PRINCIPIOS RECTORES DE LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN DEL ART. 588 BIS

Es evidente que las actuales formas de comunicación caracterizadas por el auge de las nuevas tecnologías y el uso cada vez mayor de espacios digitalizados está acentuando la necesidad de que tanto el ordenamiento jurídico como los medios humanos y materiales al servicio de la Administración de Justicia se adapten a la nueva realidad social, creciendo, a raíz de ello, la importancia de las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales, por su propia potencialidad para obtener indicios incriminatorios. A modo de ejemplo de dicho desarrollo tecnológico, tenemos ya incluso propuestas de Reglamentos Europeos ² que tratan de regular la inteligencia artificial, y su impacto en el ordenamiento jurídico y la obtención de pruebas, en orden con la tercera revolución industrial en la que estamos inmersos.

A modo de ejemplo, FRANCISCO AGRA ³ destaca como estos avances tecnológicos impactan también en el *modus operandi* criminológico, con el refuerzo de la ciberdelincuencia y la mayor capacidad delictiva a través de estos medios, incluyendo delitos de gravedad elevada como el terrorismo.

Además, en el marco de los procesos penales, es una práctica extendida por las defensas alegar la nulidad de las medidas de investigación consistentes en la interceptación de las comunicaciones telefónicas y la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, amén de su virtualidad probatoria para las acusaciones, lo que, junto con el contexto de revolución tecnológica en el que estamos inmersos, hacen imprescindible trabajos académicos que ahonden en los aspectos normativos y

² Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. 2021/0106(COD). Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:206:FIN>

³ FRANCISCO AGRA, VIOLETA S. *Una aproximación al (ciber) terrorismo: Modelos previos y actuales*. Revista Científica DOCRIM. ISSN 2659-7705, 2021, pág. 16.

jurisprudenciales relativos a las medidas de injerencia no sólo en el derecho al secreto de las comunicaciones, sino también a otros derechos como a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio.

Así las cosas, el presente trabajo tiene por objetivo analizar, a través de la normativa y la jurisprudencia, los diferentes criterios jurisprudenciales tanto de cada principio rector como del propio auto habilitante, ello en el marco de las intervenciones de comunicación telefónica.

Tras la promulgación de la LO 13/2015, se reformó la ley de enjuiciamiento criminal ⁴para introducir los llamados principios rectores que ha de contener las medidas de investigación consistentes en la intervención o interceptación de comunicaciones telefónicas, recogiendo los elementos y pautas que el Tribunal Supremo fue fijando, en sentencias como la 272/2009, de 17 de marzo:

La exigencia de cierta concreción en los datos de apoyo de una solicitud de escucha telefónica es presupuesto obligado de la dirigida al Juez, que le impone un juicio motivado, suficiente, tanto sobre la proporcionalidad e idoneidad de la medida a tenor del delito de que pudiera tratarse, como sobre la necesidad de su adopción, y acerca del fundamento indiciario de la atribución de una implicación en aquél al titular de la línea.

En este sentido, ya la STC 32/1994, ya establecía que este tipo de medidas debían ser acordadas de forma motivada, y teniendo de base distintos principios, resaltando que “en la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales”

Pues bien, esta exigencia constitucional respecto a sus principios se contiene legislativamente en el primer punto del art. 588bis LECrim, siendo su tenor literal: “Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial

⁴ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.”

Cabe recordar que a estos cinco principios se le suma el principio de legalidad, que como vimos supra, fue impuesto por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como exigencia emanada del art. 8 CEDH y del garantismo debido a las injerencias del poder público en los derechos fundamentales, cumplido por España primero con la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo,⁵ y ante su notoria insuficiencia,⁶ la Ley Orgánica 13/2015.⁷

Al respecto, CRESPO⁸ puntualiza:

La ley enumera expresamente estos cinco principios, sin embargo, existe uno previo a todos ellos y plenamente habilitador de la medida a adoptar. Se trata del principio de legalidad. La posibilidad de emitir un mandamiento judicial para llevar a cabo una concreta investigación tecnológica, ha de estar prevista en la ley y debe dictarse cumpliendo con los requisitos del principio de legalidad. Por su carácter precursor y evidente es lógico que la ley no lo incluya de modo expreso.

Veamos detalladamente la jurisprudencia consolidada de cada uno de ellos en los siguientes epígrafes.

II. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Por lo que respecta al principio de especialidad, el artículo 588 a) establece que “El principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.”, por lo que, en principio, vemos que se compone de los siguientes elementos:

⁵ Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>.

⁶ *Vid.* Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 393/2012, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2012:3789

⁷ Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Puede consultarse en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725.

⁸ SANCHIS CRESPO, C. *Principios rectores en la adopción de diligencias limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE*. Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pág.244.

- Relacionada con la investigación de un delito en concreto, en el sentido de que “la medida debe (...) concretar el hecho delictivo que se investiga, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general, o indiscriminada, actos delictivos”⁹
- Que no tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

En el primer caso, estamos hablando de la prohibición de las inquisiciones generales, mientras que en segundo caso se fija, además, unos mínimos indicios de dichos hechos delictivos. A continuación, se expone cada uno de ellos.

i. Prohibición de las investigaciones prospectivas

El primer principio del art. 588.bis a) es la necesidad de que se pretenda investigar con dicha medida un concreto delito. Este principio viene a prohibir lo que tanto la jurisprudencia como la doctrina ha denominado “*fishing expedition*” contra el investigado, esto es, una inquisición general que desborda de forma injustificada los límites materiales del objeto de la *notitia criminis*, y en el que se realiza una investigación prospectiva consistente en una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona. Dicha prohibición también la podemos encontrar implícita en la necesidad de aportar algún principio de prueba con la querrela.

La jurisprudencia que podemos citar al respecto es holgada. De más reciente a más lejana, entre las sentencias del Tribunal Supremo destaca la STS 464/2023, de 14 de junio, la cual establece la necesidad de delimitar el objeto de la investigación criminal como medio de evitar investigaciones prospectivas:

Como dijimos extensamente en la STS 908/2021, de 24 de noviembre, “el objeto de toda investigación criminal debe estar delimitado, con independencia de su complejidad, y no es posible iniciar procesos penales para investigar en general a una persona, a un entero ámbito profesional o empresarial o a un fenómeno social, por más que sus acciones puedan parecer atroces o lamentables.

⁹ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 584/2012, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2012:5358.

Debe delimitarse objetivamente la medida “a través de la precisión del hecho que se trata de investigar” y subjetivamente “mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir”.¹⁰

Por lo tanto, un primer indicativo de prospección es que la causa no tenga por objeto “el esclarecimiento de un hecho punible concreto” o¹¹ no estén vinculadas “a lo que es materia de investigación”¹² e incumpliendo la doctrina constitucional sobre su necesidad, adecuación y motivación.

En todo caso, hay que advertir que no hemos incluido el limitado periodo de tiempo dedicado a las actividades preprocesales de investigación precisamente porque la jurisprudencia ha considerado que ello no infringe *per se* el principio de especialidad.

A modo de ejemplo, la STS 699/2021, de 16 de septiembre, ante la queja de las defensas por la escasa amplitud temporal de las diligencias de investigación preprocesales, matizaba que “lo importante no es el periodo de tiempo en el que se llevaron a cabo las actividades preprocesales de investigación, sino si éstas efectivamente se realizaron y si la medida interesada y autorizada judicialmente era idónea, estaba relacionada con la investigación de un delito en concreto y era efectivamente necesaria”.

ii. La llamada “base objetiva” en el principio de especialidad

Si leemos el último inciso del art. 588bis a), el mismo establece que no podrán autorizarse aquellas medidas de investigación de naturaleza tecnológica “que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”, por lo que, una interpretación a *sensu contrario*, supone que la existencia de base objetiva es *conditio sine qua non* de cumplimiento del principio de especialidad, en tanto que es la diferencia entre una simple sospecha y un indicio fundado. A tal fin, veamos los elementos esenciales de dicho concepto, desdoblados en cuatro vertientes: (I) Su naturaleza y contenido, (II) el modo de análisis de dicha base, (III) La solidez de los indicios

¹⁰ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 195/2010, de 28 de enero. ECLI:ES:TS:2010:1568

¹¹ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 77/2019, de 12 de febrero. ECLI:ES:TS:2019:473

¹² Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 464/2023, de 14 de junio. ECLI:ES:TS:2023:2627

presentados y, por último, (IV) La exigencia de prueba o el estándar probatorio respecto al cuadro indiciario.

A) Elementos esenciales de la llamada base objetiva

(I) Respecto de la **naturaleza y el contenido de la base objetiva**, la jurisprudencia ha venido declarado de forma reiterada ¹³que la misma ha de ser de objetiva, esto es, “como datos objetivos que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, de tal manera que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar”. ¹⁴

Dicha naturaleza o carácter de objetividad lo es, según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, ¹⁵en un doble sentido, “en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control.” y “han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que pueda consistir en valoraciones acerca de la persona”.

Sobre esto último, esto es, la llamada base real a la que hace alusión nuestro Tribunal Constitucional, el TEDH también se ha referido a ella, como vemos en la cita que el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 699/2021, de 16 de septiembre extrae de las SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, caso Klass, y 15 de junio de 1992, caso Ludí, mencionando que dicha base “ha de ser de tal naturaleza que permita suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse”, por lo que las diferencias entre la mera sospecha subjetiva y los indicios objetivos residen en que estos últimos vienen amparados por hechos susceptibles de valoración posterior, accesibles a terceros y que proporcionan una base real sobre la que necesariamente se infiere la posibilidad de que se está cometiendo o se ha cometido un determinado hecho delictivo.

(II) En cuanto al **examen o análisis propio de dicha base real**, la SAN 13/2023, de 12 de junio, afirma que “no puede realizarse una interpretación aislada de cada uno de los elementos indiciarios, sino un examen conjunto de la totalidad” y la STS 822/2022,

¹³ Vid. STSS 500/2023, de 22 de junio y 612/2022, de 22 de junio.

¹⁴ Sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo núm. 635/2012, de 17 de julio. ECLI:ES:TS:2012:5606.

¹⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 184/2003, de 23 de octubre. BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 2003. ECLI:ES:TC:2003:184

de 18 de octubre, en el análisis de la queja del recurrente que alegaba la vulneración del principio de especialidad, menciona, respecto a los oficios policiales en los que se basó el juez instructor, que “se detalla, con gran minuciosidad, un conjunto de datos y circunstancias que constituyen una información de la que, en su conjunto armónico, se desprenden indicios consistentes” por lo que el análisis de la consistencia de la base real ha de hacerse de forma conjunta, atendiendo al enlace de todos los indicios que se detallan, análisis que deberá ejercer el juez de instrucción “aplicando sus normas de la experiencia en la valoración de los indicios concurrentes para ponderar razonablemente las garantías de los derechos fundamentales con las exigencias de seguridad y libertad de la sociedad y los ciudadanos, frente a los hechos”¹⁶

(III) En tercer lugar, aclarada la naturaleza de los indicios, su diferenciación con las meras sospechas subjetivas y el modo de análisis de estos, hay que analizar la llamada **fuerza incriminatoria de la base objetiva**¹⁷ o juicio de probabilidad. En este sentido, la STS 141/2018, de 22 de marzo, aclaraba:

No es razonable confundir los indicios necesarios para irrumpir el derecho al secreto de las comunicaciones, con los que pueden servir de base a un auto de procesamiento o a una inculpación formal. Los que legitiman la autorización judicial de intervenciones telefónicas han de representar algo más que simples conjeturas o suposiciones, más o menos aventuradas. Pero no puede exigirse de ellos la solidez de una provisional casi certeza.

También en la jurisprudencia constitucional, la STC 184/2003, advertía de la fuerza incriminatoria, poniéndola en relación con el momento de la instrucción de la causa, en el sentido de que “no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios, pero sin duda deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas”

¹⁶ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 500/2023, de 22 de junio, ECLI:ES:TS:2023:2902.

¹⁷ Vid. Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 931/2013, de 14 de noviembre, ECLI:ES:TS:2013:5869.

Por lo tanto, debemos tener en cuenta que los indicios que han de exigírsele al juez de instrucción no han de ser ni cualitativa ni cuantitativamente equivalentes a los que podría exigírsele en el caso de un auto de procesamiento o una inculpación formal.

Ahora bien, es necesario advertir que la fuerza incriminatoria no se refiere a la existencia de numerosos indicios, sino en el enlace entre los mismos y la hipótesis incriminatoria del delito que se está investigado. Para comprender con mayor profundidad esta tesis, analicemos sucintamente la STS 456/2020, de 17 de septiembre, en la que el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por la declaración de nulidad de las escuchas telefónicas en apelación en el marco de un delito de drogas.

El Ministerio fiscal interpuso recurso de casación sobre la base de una investigación policial extensa, en la que se recogían numerosos datos, como viajes, vehículos de alta gama y reuniones entre personas con antecedentes penales por delito de tráfico de drogas, aludiendo que “tras una información confidencial se inició una investigación policial, que se prolongó en el tiempo, que, tras comprobar los datos suministrados por las fuentes de información, obtuvo nuevos de datos objetivos en los que fundaron la petición del informe inicial”¹⁸

Sin embargo, el Tribunal Supremo analizando el marco indicio, puntualiza:

Existen seguimientos, pero ninguno de ellos permite atisbar un contacto del que inferir con fundamento la proximidad de una operación de distribución clandestina de estupefacientes. Se informa de viajes, pero ninguno de ellos se ofrece con algún dato añadido que permita deducir que ese traslado estaba puesto al servicio de la operación diseñada. Se alude a un vehículo de alta gama, pero también se da información del trabajo de la esposa de uno de los sospechosos.¹⁹

Para concluir objetando que “muchos indicios desvinculados de aquello que pretende acreditarse no son suficientes para colmar la exigida motivación constitucional”²⁰

Si reflexionamos sobre la sentencia ahora analizada, y la ponemos en relación con la extensa jurisprudencia sobre el principio de especialidad, vemos como la misma también se infringe cuando, a pesar de haber muchos datos y una investigación policial

¹⁸ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 2, pág. 4.

¹⁹ *Ibidem*, Fundamento Jurídico 3, pág. 9.

²⁰ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 3, pág. 8.

detallada, los indicios que se desprenden de la misma se encuentran, en expresión de la propia sentencia, “desvinculados de aquello que pretende acreditarse”, o, basándonos en la jurisprudencia de la prueba por indicios, y encajándolo en el tercer requisito, “que de manera indispensable, entre el hecho demostrado o indicio y el que se trate de deducir haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano”²¹, de suerte que, habiendo varias hipótesis, en sede casacional y para revertir una sentencia en apelación que declaraba las nulidades telefónicas, la hipótesis acusatoria goce de “probabilidad prevaleciente”²²

Ahora bien, hemos de recordar que ello no quiere decir que la prueba por indicios sea aplicable ni asimilable en su estándar de probabilidad al cuadro indiciario suficiente para enervar el derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido, ABELLÁN²³ recordaba “tégase en cuenta que la mayor confirmación de cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos es una cuestión de grado. Cosa distinta son las exigencias institucionales que puedan existir en este punto, que pueden imponer requisitos más o menos severos para aceptar una hipótesis”, por lo que el llamado *in dubio pro reo* para fundamentar una condena hace que no sea asimilable la misma prevalencia en uno y en otro caso.

(IV) Por último, es necesario atender al **estándar probatorio o el principio de prueba** que pueda requerirse al marco indiciario que se aporte con la solicitud. Al respecto, la jurisprudencia viene considerando que no es exigible que el marco indiciario sobre el que se asienta el auto habilitante de la injerencia resulte probado.

Así, en la STS 203/2015, de 23 de marzo, se razonaba que “podrán solicitarse nuevos datos, dictando una resolución judicial para que se amplíen los elementos indiciarios expuestos, pero no puede exigirse prueba de los que allí figuran” y en la STS 485/2018, de 18 de octubre, leíamos que “Los indicios (...) narran una información confidencial que es corroborada por datos objetivos, sin que en ese momento tenga que estar comprobada por un juicio de certeza más allá de toda duda razonable.”, haciéndose

²¹ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 532/2019, de 4 de noviembre. ECLI:ES:TS:2019:3504

²² Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 151/2010, de 22 de febrero. ECLI:ES:TS:2010:913

²³ GÁSCON ABELLÁ, M. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Ed: Marcial Pons, 2010, pág. 198.

eco de dicha jurisprudencia la propia Circular 1/2019, de 6 de marzo,²⁴ que decía que “no es preciso que los indicios que recoja la resolución judicial resulten probados”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, si bien el indicio que se deriva de los datos objetivos no han de estar probados, estos últimos sí que deben ser constatados, esto es, la base fáctica sobre la que se construye el cuadro indiciario ha de haberse obtenido mediante datos objetivos, aflorados por una investigación procesal previa.

A modo de ejemplo, veamos un caso reciente y conocido, el “*Caso Astapa*”, atendiendo al auto de fecha 23 de febrero de 2023, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el procedimiento abreviado 3000/2022, que reputaba nulas las intervenciones telefónicas por infracción del principio de especialidad:

No pudiendo atribuirse la categoría de indicio con aptitud para fundamentar una intervención telefónica a lo que son noticias de prensa, alusiones a lo que habían dicho personas no identificadas a los denunciantes, ni tampoco a lo que les habrían comentado a éstos personas cuyos nombres sí se menciona, pero sin que los autores de tales comentarios los ratificaran, de alguna forma, resulta que, además, de lo que constituye la piedra angular sobre la que se descansa el relato del tantas veces aludido ya sistema de las “tres cajas” (...) no se ha aportado indicio claro y objetivo alguno que lo acreditara.

Y sigue:

Tal insuficiencia, absolutamente determinante, no puede suplirse mediante el recurso a noticias publicadas en prensa, ni alusiones a que es claro que un determinado valor sería inferior al de mercado, cuando no se aportaba informe técnico alguno sobre el valor de mercado de ningún aprovechamiento.

Por tanto, vemos cómo, y sirviéndonos del auto antedicho, el indicio de un delito de malversación basado en un convenio urbanístico con valoración deliberadamente bajo en base al precio de mercado, no exige que se pruebe que dicha reducción del valor fue a objeto de malversar, indicio del hecho delictivo que deberá ser probado en juicio oral, pero sí que quede acreditado que dicho convenio urbanístico presenta un valor anormalmente bajo, ya que ese es el dato objetivo sobre el que se construye el indicio.

²⁴ Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4240.

B) Elementos no admisibles para considerar suficiente base objetiva.

En otro orden de cosas, en este epígrafe hacemos un breve repaso jurisprudencial sobre aquellos argumentos y motivos que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ha considerado insuficientes e inviables en orden a cumplir el principio de especialidad, siendo éstos, a nuestro juicio y al tenor del estudio de la jurisprudencia y la doctrina, los siguientes argumentos: (I) la justificación *ex post*, (II) la tautología o argumento circular y (III) la remisión a fuentes no contrastadas o anónimas.

(I) En cuanto a la **valoración *ex post***, la STS 289/2003, de 28 de febrero, mencionaba que, en orden a revisar la adopción de una determinada medida de investigación, el Tribunal no puede apelar al éxito que ha tenido la misma ni su contribución a la causa, y ello “porque el resultado, sin duda persuasivo en una aproximación extrajurídica e ingenua, no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la injerencia”. Esta sentencia sigue la doctrina del Tribunal Constitucional en sus SSTC 138/2001 y 167/2002, y autores como MONSERRAT²⁵ comentaban que “la realidad probada del delito que se investigaba no sana la ausencia de los requisitos necesarios para justificar la injerencia cuando aún dicho delito estaba siendo objeto de investigación. Ha de ser un análisis *ex ante*, que no se subsana por un éxito *ex post*”.

(II) Por lo que respecta a la **tautología o argumentación circular**, a la misma se ha referido el Tribunal Constitucional en sentencias como la STC 197/2009, mencionando que “el hecho en el que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente de conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa” reiterándose por el Tribunal Supremo en sentencias como la 7/2014, de 22 de enero, por lo que quiere decir el tribunal al mencionar tajantemente que “no pueden ser la misma cosa” es que la fuente de conocimiento o los indicios que se aleguen no pueden consistir en apelar a la naturaleza o gravedad del delito, ni a la supuesta evitación de que el mismo pueda consumirse, pues lo que hay que motivar es que existen indicios de que el mismo existe, y que no se trata, tal y como establece la propia rúbrica del art. 588bis a), de “prevenir o descubrir delitos”.

²⁵ MONSERRAT QUINTANA, A. *Derechos fundamentales en el proceso penal*. Barcelona. Editorial: Bosch Editor, 2021, pág. 61.

(III) Por último, y en cuanto a las **fuentes de conocimiento no contrastadas**, la jurisprudencia constitucional ha venido rechazando las remisiones a aquellas que no están debidamente referenciadas, esto es, que son anónimas o cuya información no es precisa. Así, y a modo ilustrativo, en la STC 197/2009 antes mencionada, se declaraba que “el tribunal ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa sin especificar en qué consiste ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser”

No obstante, respecto a las fuentes de conocimiento anónimas, es necesario prestar atención a la STS 784/2023, de 19 de octubre, la cual establece que, si bien las informaciones confidenciales no son en sí mismas suficientes para motivar una medida de este calibre, sí que pueden corroborar o reforzar una hipótesis que reluce o emana de la investigación policial. Veamos su razonamiento:

Si a raíz de ella se obtienen datos que les confieren credibilidad pues son coherentes con lo relatado por el informador, y cobran una explicación lógica desde la hipótesis suministrada confidencialmente; no cabe hacer abstracción de esas informaciones de fuentes anónimas o no identidad no desvelable, como si no existiesen. Cuando lo que han transmitido parece confirmarse a través de la obtención de otros datos habrá que valorar aquéllas y éstos.

De lo que cabe concluirse que las informaciones anónimas no son *per se* legitimadoras para habilitar una intervención telefónica, pero los datos que proporcione sí que pueden servir de verificación o contrastación para reforzar o descartar la hipótesis que se derive de la investigación telefónica.

III. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD: IDONEIDAD, EXCEPCIONALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

La jurisprudencia²⁶ ha venido declarando que el principio de idoneidad, necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad en sentido estricto forman el marco común del denominado juicio de proporcionalidad. Al respecto, la STC 89/2006, de 27 de marzo, recordaba lo siguiente:

“La estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”

De hecho, al analizar la adopción de estas medidas, nuestros tribunales se refieren conjuntamente a estos principios, en un análisis conjunto. A modo de ejemplo, la STS 644/2012, de 18 de julio, decía: “ha de concurrir la exigible proporcionalidad de la medida. Es decir, la existencia de un fin legítimo para cuya obtención la intervención se muestre como medida necesaria, al no haber otra menos gravosa, y funcionalmente idónea, porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad”

Por lo que, en el análisis de la medida, “primero habrá que determinar que la medida es idónea para la obtención de resultados relevantes para la investigación, para después valorar si no puede adoptarse otra medida menos gravosa de forma que se entienda como necesaria en el caso concreto y, una vez superados estos filtros, analizar su proporcionalidad en sentido estricto”.²⁷ Veamos de modo sucinto el contenido y el alcance de cada uno de ellos.

²⁶ Vid. SSTC 89/2006, de 27 de marzo, 173/2011, de 7 de noviembre, 115/2013, de 9 de mayo.

²⁷ Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4240.

i. El principio de idoneidad

En cuanto al principio de idoneidad, la misma es definida por la ley en los siguientes términos: “El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.”, y la RAE define idóneo como “Adecuado y apropiado para algo”.²⁸

Por su parte, autores como BALLESTEROS²⁹, comentando dicho precepto, menciona: “Sobre la extensión objetiva la medida se referirá a la autorización judicial concreta que la acuerda. Y la duración de la medida deberá prorrogarse el tiempo necesario para alcanzar los fines de la investigación sin necesidad de alcanzar los plazos máximos establecidos legalmente”.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia, el principio de idoneidad se define como que “este medio aparezca adecuado para los fines de la instrucción”, refiriéndose a la medida de investigación adoptada,³⁰ y la Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la FGE se refiere a la exigencia de idoneidad como la valoración de “la aptitud potencial para la obtención de resultados relevantes tanto en atención al objeto y sujeto investigado como -en su caso- a la duración de la medida.”

Obsérvese que las últimas palabras de dicho precepto son “en virtud de su utilidad”, lo que ha llevado a algunos autores a poner en similitud el principio de idoneidad de la prueba con su utilidad probatoria, en el sentido de que no infringirá el principio de idoneidad cuando la medida de investigación sea útil al fin de esclarecer los hechos delictivos. Así, autores como CRESPO³¹ sostienen: “La idoneidad, vista de este modo, se acercaría, *mutatis mutandi*, al criterio de utilidad de la actividad probatoria acuñado, a sensu contrario, por la LEC cuando en su art. 283 dice que no deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos”

²⁸ Puede consultarse en <https://dle.rae.es/id%C3%B3neo>

²⁹ RAYÓN BALLESTEROS, M. *Medidas de investigación telefónica en el proceso penal: La nueva redacción de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015*. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, LII (2019) 179-204 / ISSN: 1133-3677, pág. 184.

³⁰ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 33/2013, de 24 de enero. ECLI:ES:TS:2013:657.

³¹ SANCHIS CRESPO, C. *Principios rectores en la adopción de diligencias limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE*. Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pág.244.

En el mismo contexto, autores como ZOZAYA³², definían el principio de idoneidad bajo el parámetro de la utilidad, defendiendo que “únicamente podrán adoptarse las medidas restrictivas de derechos fundamentales que presumiblemente vayan a ofrecer una utilidad para la investigación del concreto hecho delictivo que constituye el objeto del proceso, debiendo descartarse aquellas otras que se revelan como inútiles para obtener pruebas o indicios de la comisión del hecho delictivo que se está investigando y de quienes participan en él”.

A) Vertientes del principio de idoneidad

Hemos también de detenernos en los aportes doctrinales sobre el principio de idoneidad. Al respecto, SERRANO³³ sostiene que el juicio de idoneidad se desdobra en tres vertientes: (I) Su alcance cualitativo, (II) su alcance cuantitativo y (III) Su ámbito subjetivo. Veamos cada una y pongámosla en relación con la jurisprudencia en este ámbito:

(I) En cuanto al alcance cualitativo, la misma es definida como la correlación o adecuación entre la naturaleza de la medida a adoptar y el fin perseguido, esto es, que con la misma se pretenda obtener de la forma más útil dicho fin, “aptas por su propia naturaleza”. En este sentido, consideramos que dicha definición encaja con el ámbito objetivo al que hace referencia el apartado 3 del art. 588bis, al que autores como Crespo (2020) lo definen como la elección idónea de la medida de investigación a adoptar, esto es, la que mayor utilidad puede proporcionar para investigar un determinado hecho delictivo.

Un ejemplo palpable de ello lo ofrece la STS 699/2021, de 16 de septiembre, que, en un supuesto en el que se declararon la nulidad de las escuchas telefónicas, declaró la infracción del principio de idoneidad, pues “nos encontramos con que el principal delito objeto de investigación es un delito contra la Hacienda Pública, cuya prueba es eminentemente de carácter documental. La posibilidad de obtener información pretendida por el SVA de Galicia no sólo podía alcanzarse por otros medios como los que ya han sido indicados, sino que éstos eran objetivamente más adecuados”

³² OTAMENDI ZOZAYA, F. *Las últimas reformas de la ley de enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*. Madrid, 2017.

³³ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español*. Cuadernos de Derecho Público, núm 5, 1998, págs. 196 y ss.

(II) Una vez delimitado el alcance cualitativo, el juicio de idoneidad tendría que venir delimitado por el alcance cuantitativo, esto es, que el fin perseguido por la medida exija dicho grado e intensidad de la injerencia, de suerte que, si su duración o amplitud es demasiada, dicho exceso será inidóneo, en la medida en que es innecesario para asegurar el fin pretendido. En este sentido recaería la idoneidad de la duración de la medida establecida en el art. 588bis 3. Según Serrano (1998) el alcance cuantitativo de idoneidad quedaría justificado porque “una medida restrictiva de derechos fundamentales, cualitativamente adecuada respecto al fin perseguido, puede ser intolerable en un Estado de Derecho si su duración e intensidad no son exigidas por la finalidad concreta que pretenda alcanzar”

(III) Por último, nos referimos al alcance subjetivo, coincidente con el ámbito subjetivo en el art. 588bis 3, en la medida en que se refiere a los sujetos sobre los cuales debe recaer la medida de investigación, y ello debido a que “resulta estrictamente necesaria la individualización de los sujetos pasivos de las mismas”, no sólo por su propia nota de excepcionalidad, sino también porque habría de motivarse por qué sobre dichos sujetos la medida sería idónea en orden a alcanzar el fin pretendido.

La jurisprudencia, al respecto, viene matizando que dicha nota se manifieste por la conexión que se presenta el sujeto con el hecho delictivo a investigar, esto es, “una ampliación subjetiva, extendiendo la intervención a otros sujetos pasivos que tienen vínculos de conexión con el delito investigado, sólo es necesario ponderar los indicios objetivos de la conexión de los nuevos sujetos con dicho delito”³⁴, por lo que podemos que el juicio de idoneidad se construye y determina, al igual que el principio de especialidad, sobre los indicios de los que disponga la investigación policial, pues de ella ha de derivarse la idoneidad de obtener información o datos importantes respecto de dichos sujetos.

Vemos como, para determinar la idoneidad de la medida, hay que poner en correlación dichas vertientes con la finalidad propia de la adopción. Respecto a esta finalidad, la jurisprudencia ha venido manteniendo que la finalidad de esta medida es “seguir avanzando en la investigación de un delito”, por lo que habrá de atenderse a la

³⁴ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 752/2013, de 16 de octubre. ECLI:ES:TS:2013:5035

naturaleza de dicho delito para observar si, la medida de investigación tecnológica que se pretende adoptar es la más idónea objetiva y subjetivamente.

En todo caso, la motivación de este principio y sus vertientes ha de realizarse en el auto que acuerde la adopción de la medida.

ii. El principio de necesidad y excepcionalidad

Por lo que respecta a los principios de necesidad y excepcionalidad, los mismos vienen definidos en el apartado 4 del art. 508bis, al tenor del cual:

En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida:

- a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o
- b) cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

Vemos como el legislador ha previsto ambos requisitos de forma conjunta en un mismo apartado, lo que implica en cierto modo su debida complementariedad, algo obvio si tenemos en cuenta que los mismos se refieren al uso de dicha medida de investigación como última ratio. Dicha complementariedad implica, según la Circular 1/2019, de la Fiscalía General del Estado, que “la concurrencia de cualquiera de ellos permitiría justificar el cumplimiento de ambos principios”.

CRESPO afirma que el apartado a se refiere a la excepcionalidad mientras que el epígrafe b) lo hace respecto de su necesidad: “Parece desprenderse del modo de formulación de la norma que la excepcionalidad está descrita en el apartado a) mientras que la necesidad lo está en el apartado b).”

Es más, en el apartado a) el propio legislador establece una referencia a la idoneidad, cuando se refiere a “igualmente útiles” por lo que el canon de necesidad ha de hacerse entre medidas de investigación igualmente idóneas o, lo que es lo mismo, entre dos medidas idóneas habrá de elegirse la menos gravosa de ambas, esto es, la que menos injerencia suponga a dicho derecho fundamental. En este sentido, Serrano (1998) define

el principio de necesidad desde un prisma comparativo, pues “obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos”.

En el mismo sentido, DÍEZ³⁵ alega que el principio de necesidad exige que “la finalidad perseguida por el acto lesivo del derecho fundamental, no es posible alcanzarla, si no es por dicho acto, y no por otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental”. Y respecto a la jurisprudencia, la STS 736/2023, de 5 de octubre, define la infracción de la necesidad de la medida cuando los datos “carecen de relevancia respecto de la investigación del hecho delictivo o respecto de la conexión de las personas investigadas, o bien porque pudieran obtenerse a través de otras medidas menos gravosas de los derechos fundamentales en litigio, lo que conllevaría la afirmación de su cualidad de prescindible”

En cuanto a la jurisprudencia, la nota de excepcionalidad es definida, en propios términos de la ATS 698/2019, de 11 de julio, del siguiente modo:

De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria.

Por lo tanto, el principio de necesidad vendrá vinculado al agotamiento de otras medidas de investigación disponibles e igualmente idóneas, mientras que el principio de excepcionalidad implica que, en todo caso, la medida debe adaptarse en circunstancias excepcionales, rechazando el uso rutinario o la petición sistemática de tal medida.

Para observar mejor la nitidez entre ambos principios, veamos la STS 699/2021, de 16 de septiembre, respecto a la infracción del principio de necesidad y la STS 718/2020, de 28 de diciembre, en cuanto a la vulneración del principio de excepcionalidad:

En cuanto a la primera de ellas, vemos como la Abogacía del Estado alega la legalidad de las escuchas telefónicas en base a que existieron diligencias de investigación previas, sosteniendo que no eran meras hipótesis subjetivas, en tanto que “se realizaron

³⁵ ROMERO DÍEZ, M. *Las escuchas telefónicas, antecedentes y regulación*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXXI, 2014, pág.297.

seguimientos de los individuos sospechosos, visualización y ubicación exacta de las sociedades presumiblemente vinculadas a la trama, seguimiento de las mercancías presuntamente exportadas o análisis de la información obrante en la Base de Datos de la AEAT. Considera con ello que los Servicios de Vigilancia Aduanera agotaron todas las posibilidades de continuar una investigación que, por sus características, revestía la naturaleza de delito”.³⁶

Sin embargo, el Tribunal Supremo declara la irregularidad de la medida por vulneración del principio de necesidad, aclarando que “acudieron directamente a la solicitud de intervenciones telefónicas para realizar las averiguaciones y para ver qué es lo que pasaba” exaltando que “la solicitud de intervenciones telefónicas se solicitó como medio inicial de toma de conocimiento de lo que sucedía”.³⁷ Por lo que puede concluirse que el principio de necesidad no se colma por el hecho de que exista suficiencia de indicios, o una base objetiva suficiente, sino que se debe acreditar que la siguiente medida a adoptar sea necesariamente la intervención de las escuchas telefónicas, por imperativo del principio de necesidad.

Y respecto de la infracción del principio de excepcionalidad, en la STS 718/2020, de 28 de diciembre, que trataba sobre una medida de injerencia consistente en un dispositivo de escucha colocado en el domicilio de uno de los investigados, la misma se declara su vulneración, y ello pese a existir un cuadro indiciario lo suficientemente incriminatorio para colmar el principio de especialidad, pues según la propia sentencia “contiene una descripción indiciaria de hechos de relevancia delictiva que justificarían la injerencia del Estado en la intimidad de cualquier ciudadano sospechoso de la comisión de graves delitos”.³⁸

Ahora bien, la sentencia termina por declarar la ilegalidad de la medida, analizando la misma desde su potencialidad lesiva, declarando que “deja sin efecto la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria. Neutraliza también los derechos a la intimidad y a la propia imagen”³⁹ y, por tanto, “su potencial intrusivo en lo que se ha

³⁶ Sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo núm. 699/2021, de 5 de octubre. ECLI:ES:TS:2021:3431. Fundamento Jurídico 2, pág 4.

³⁷ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 2, pág 8.

³⁸ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 718/2020, de 28 de diciembre. ECLI:ES:TS:2020:4436. Fundamento Jurídico 1, pág 9.

³⁹ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 1, pág 10.

llamado el núcleo duro de la intimidad no es equiparable a ningún otro y obliga a contemplar su utilización con el marcado signo de la absoluta excepcionalidad”.⁴⁰

Esta sentencia establece, por tanto, un importante criterio de valoración del principio de excepcionalidad, puesto que la vincula estrechamente con la potencialidad intrusiva o grado de injerencia de la medida, de suerte que permite un criterio jerarquizador de las diferentes medidas de investigación tecnológicas restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones.

iii. **El principio de proporcionalidad en sentido estricto.**

El principio de proporcionalidad es regulado en el art. 588bis, apartado 5, en el cual se establece una definición amplia sobre el mismo:

Las medidas de investigación reguladas en este capítulo solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Observamos como dicho precepto habla de intereses en conflicto, entre los cuales se deberá ponderar teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Estos intereses en conflicto serían, a tenor del propio precepto, el interés público del Estado y de terceros, por un lado, frente al derecho fundamental que se pretende limitar por la medida, en este caso el derecho al secreto de las comunicaciones.

En el mismo sentido, CAUSAPÉ⁴¹ apunta que “el legislador, por tanto, no se limita a enunciar los principios rectores de las autorizaciones de medidas de investigación tecnológica, sino que establece una exigencia al juzgador a la hora de ponderar su concurrencia y de establecer las consecuencias en cada uno de los casos”, y en base a ese juicio ponderativo, BALLESTEROS⁴² sostiene que en el interés público de perseguir el

⁴⁰ *Ibidem*. Fundamento Jurídico 1, pág. 12.

⁴¹ CAUSAPÉ LÓPEZ, E. *Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Boletín Digital AJFV Penal, Julio de 2016, pág. 5.

⁴² RAYÓN BALLESTEROS, M. *Medidas de investigación telefónica en el proceso penal: La nueva redacción de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, LII (2019) 179-204 / ISSN: 1133-3677, pág. 184.

delito se atenderá a “la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”

La jurisprudencia define el principio de proporcionalidad como “la exigencia de presupuestos materiales para resolver adecuadamente la ponderación entre el derecho afectado y el fin procurado”,⁴³ fin que, en todo caso, debe ser “un propósito constitucionalmente lícito y capaz de justificarla”.⁴⁴ También ha matizado que dicho fin ha de ser suficientemente intenso, en el sentido de determinar que “sólo en relación con la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales”⁴⁵ lo que determina una serie de presupuestos materiales, a saber: “a) La existencia de un delito, 2) que éste sea grave, y 3) sobre la conexión de los sujetos que puedan verse afectados por la medida con los hechos investigados.”⁴⁶

Respecto a la gravedad, la STS 40/2013, de 22 de enero, define la misma no sólo con relación a la pena que lleva aparejada, sino también su trascendencia social, esto es, el impacto a la sociedad que tiene la misma. A modo de ejemplo, vemos como en la STS 314/2015, de 4 de mayo, ante la queja de las defensas por adoptar las intervenciones telefónicas de forma prospectiva, basadas en condiciones puramente ideológicas, en un caso en el que se enjuiciaba una tentativa de homicidio, apuntaba:

Como dice el Ministerio Fiscal, hay que partir de la gravedad y brutalidad del delito investigado y la forma de comisión rápida, organizada y todos los participantes encapuchados, de manera que la investigación de la autoría de este delito no era en absoluto fácil al no ser identificados ni encontrarse huellas o vestigios significativos que permitieran adoptar otra línea de investigación.

⁴³ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 255/2014, de 19 de marzo. ECLI: ES:TS:2014:1455.

⁴⁴ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 431/2013, de 15 de mayo. ECLI:ES:TS:2013:3397

⁴⁵ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 556/2013, de 25 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3476.

⁴⁶ Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 823/2013, de 5 de noviembre. ECLI:ES:TS:2013:5462.

Si hacemos un análisis de dicho párrafo, vemos como el tribunal razona en contra de la tesis del recurrente enlazando la valoración de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. Desgajemos frase por frase dicho párrafo para dilucidar los principios.

- Principio de proporcionalidad: “Hay que partir de la gravedad y la brutalidad del delito investigado”
- Principio de necesidad y excepcionalidad: “la investigación de este delito no era en absoluto fácil al no ser identificados ni encontrarse huellas o vestigios significativos que permitieran adoptar otra línea de investigación”.

Por último, normativamente también encontramos referencias al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que no todo delito ha de reputarse como suficiente per se para acordar la injerencia en un derecho fundamental. Ejemplo de ello es la imposibilidad de detener por una infracción penal que lleve aparejado delito leve, o incluso la propia delimitación de la tipología delictiva para acordar las medidas del artículo 588 quater a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el propio ámbito de las intervenciones telefónicas vemos como el art. 588 ter a) del mismo texto legal establece que la misma sólo podrá ser acordada cuando se den alguno de los delitos previstos en el art. 579.1 de la misma ley, por lo que impone un delito cuya pena sea, al menos, de 3 años, o bien se trate de hechos delictivos relacionados con grupo criminal o terrorismo, claro ejemplo normativo del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

IV. CONCLUSIONES

Por lo que respecta a los principios rectores regulados en el artículo 588bis a), el estudio del caso enjuiciado por la STS 456/2020, de 17 de septiembre y la referencia al auto de fecha 23 de febrero de 2023, dictada por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, en el procedimiento abreviado 3000/2022 nos permiten extraer varias conclusiones, anejas a la profusa jurisprudencia ya existente sobre el principio de especialidad.

En primer lugar, y respecto al Caso Astapa, constatamos que es imprescindible distinguir entre el dato objetivo y el indicio derivado de este a la hora de exigir un principio de prueba. Ciertamente, de la jurisprudencia y del análisis de bibliografía llevada a cabo, creemos que existe una mala praxis, o incluso cierta confusión, al llamar

base objetiva e indicios a lo mismo, pues en nuestra humilde opinión la base objetiva serían los datos fácticos contrastados, esto es, probados e indiscutibles, mientras que el indicio sería una cualidad que dicho dato adquiere en el marco de una hipótesis incriminatoria.

Y ello es fundamental para observar la exigencia del principio de prueba, pues sólo el dato objetivo habrá de ser probado, constatado o demostrado, pues la prueba del indicio y la hipótesis acusatoria quedará reservada a la fase del plenario, en orden a fundamentar la condena.

Y, en segundo lugar, centrándonos en la STS 456/2020, de 17 de septiembre, hay varias notas que podemos extraer: Vemos como el principio de idoneidad también se proyecta sobre el principio de especialidad, pues no basta con que exista una investigación policial dilatada en el tiempo, sino que es necesario que dicha investigación haya sido idónea para obtener o haber obtenido un cuadro indiciario del hecho delictivo. También podemos constatar que al cuadro indiciario del principio de especialidad le es aplicable argumentativamente, con cierta premura, la jurisprudencia de la prueba por indicios respecto a la exigencia de un enlace o conexión lógica entre el cuadro indiciario y el hecho delictivo. Es más, si analizamos el razonamiento del Tribunal, el mismo rechaza la virtualidad del cuadro indiciario respecto de los viajes y el coche de alta gama, dado por el Ministerio Fiscal, atendiendo a que del conjunto no se desplazaban otras hipótesis no delictivas, asimilando su razonamiento a la llamada hipótesis prevalente.

Enlazando esto con la jurisprudencia sobre el ámbito de valoración amplio que el Tribunal Supremo concede al Juez instructor respecto de los indicios, detallado supra, y en nuestra opinión, creemos que dicha valoración, en sede casacional, variará en función de si en instancias inferiores se declaró o no la nulidad de las intervenciones telefónicas por insuficiencia del cuadro indiciario.

Así, si en apelación se declaró la nulidad de las escuchas telefónicas, observamos que en sede casacional se exigirá que de dicho cuadro indiciario la hipótesis del hecho delictivo deba ser de mayor grado que en caso contrario, exigencia que recaerá en la defensa si tanto en primera instancia como en apelación se declaró la legalidad de la misma, por lo que hemos llegado a la conclusión de que la valoración del marco indiciario en sede casacional está altamente influido por lo sentenciado en instancias inferiores.

Sea como fuere, hemos de tener en cuenta que las posibilidades defensivas en la impugnación del auto habilitante por infracción del principio de especialidad no se agotan en la valoración de la posible conexión y suficiencia de los indicios con el hecho delictivo. La jurisprudencia ilustra otros aspectos a tener en cuenta, como la posibilidad de que la solidez de dicho cuadro indiciario surja de un análisis parcial de los datos objetivos, que el hecho delictivo a investigar no aparezca debidamente acotado, o que la fundamentación de la solicitud de investigación o incluso del auto habilitante encierre una tautología, un análisis *ex post* o esté basado *per se* en fuentes anónimas no contrastadas.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta a los principios de idoneidad, necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, analizábamos dos casos concretos, la STS 699/2021, de 16 de septiembre y la STS 718/2020, de 28 de diciembre.

De la primera de ellas podemos extraer que el principio de necesidad e idoneidad está conectado o relacionado con la tipología delictiva y el modo de comisión de este, en el sentido que la orientación y amplitud probatoria dependerá de ellas. De esto se desprende que, siendo el delito de carácter socioeconómico o de naturaleza eminentemente documental, recomendamos más útil como estrategia defensiva atender especialmente a estos dos principios en caso de se haya acordado la intervención de las comunicaciones telefónicas, ya que la principal facilidad y utilidad probatoria en este tipo de hechos delictivos no son de naturaleza tecnológica. Y al contrario sucederá en casos cuyo modo de comisión sea de difícil investigación y cuya tipología delictiva cuadre idólicamente con este tipo de medidas, como sucede en caso de delito de tráfico de drogas en el seno de una organización criminal, lo que obligará a la defensa a centrar sus esfuerzos en otros principios, como el de especialidad. Ciertamente, en este último caso de delitos hemos constatado que son bastante escasas las sentencias que han considerado inidóneas medidas de interceptación telefónicas, girando la estrategia defensiva sobre el principio de especialidad.

En cuanto a la STS 718/2020, de 28 de diciembre, el análisis de la misma se debe a la capacidad ilustrativa que ofrece respecto del contenido del principio de excepcionalidad, vinculándolo a su grado de injerencia o potencialidad lesiva. Pero, es más, del propio razonamiento que da el tribunal, creemos que puede extraerse un criterio de medición respecto del grado de injerencia, pues consideraba absolutamente excepcional dicha medida de interceptación de sonido en el domicilio por colisionar no sólo con el derecho a la intimidad, sino también con el derecho a la inviolabilidad del

domicilio, por lo que, a nuestro juicio, puede entenderse que su ponderación atenderá no sólo a la profundidad que la injerencia suponga al derecho enervado, sino también por derechos colindantes afectados. En el caso de la intervención de las comunicaciones telefónicas, sin embargo, su invocación en este extremo es menos viable, y concluimos que la misma se enlaza con la vulneración de la excepcionalidad en casos de duración excesiva o alcance injustificado.

V. BIBLIOGRAFÍA

Obras y revistas.

- CAUSAPÉ LÓPEZ, E. *Las medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Boletín Digital AJFV Penal, Julio de 2016, pág. 5.
- FRANCISCO AGRA, VIOLETA S. *Una aproximación al (ciber) terrorismo: Modelos previos y actuales*. Revista Científica DOCRIM. ISSN 2659-7705, 2021, pág. 16.
- GÁSCON ABELLÁ, M. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Ed: Marcial Pons, 2010, pág. 198.
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español. Cuadernos de Derecho Público, núm 5, 1998, págs. 196 y ss.
- MONSERRAT QUINTANA, A. *Derechos fundamentales en el proceso penal*. Barcelona. Editorial: Bosch Editor, 2021, pág. 61.
- OTAMENDI ZOZAYA, F. *Las últimas reformas de la ley de enjuiciamiento criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*. Madrid, 2017.
- RAYÓN BALLESTEROS, M. *Medidas de investigación telefónica en el proceso penal: La nueva redacción de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, LII (2019) 179-204 / ISSN: 1133-3677, pág. 184.
- ROMERO DÍEZ, M. *Las escuchas telefónicas, antecedentes y regulación*. Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X, vol. XXXI, 2014, pág.297.
- SANCHIS CRESPO, C. *Principios rectores en la adopción de diligencias limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 CE*. Rev. Boliv. de Derecho Nº 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pág.244.

Normativa y otros textos.

- Circular 1/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-4240.

- Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-12909>.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Puede consultarse en el siguiente enlace: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Jurisprudencia.

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 184/2003, de 23 de octubre. BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 2003.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 151/2010, de 22 de febrero. ECLI:ES:TS:2010:913
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 195/2010, de 28 de enero. ECLI:ES:TS:2010:1568
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 393/2012, de 29 de mayo, ECLI:ES:TS:2012:3789
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 584/2012, de 10 de julio, ECLI:ES:TS:2012:5358.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 635/2012, de 17 de julio.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 431/2013, de 15 de mayo. ECLI:ES:TS:2013:3397
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 556/2013, de 25 de junio, ECLI:ES:TS:2013:3476.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 752/2013, de 16 de octubre. ECLI:ES:TS:2013:5035
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 823/2013, de 5 de noviembre. ECLI:ES:TS:2013:5462.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 931/2013, de 14 de noviembre, ECLI:ES:TS:2013:5869.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 255/2014, de 19 de marzo. ECLI: ES:TS:2014:1455.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 77/2019, de 12 de febrero. ECLI:ES:TS:2019:473

- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 532/2019, de 4 de noviembre. ECLI:ES:TS:2019:3504
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 718/2020, de 28 de diciembre. ECLI:ES:TS:2020:4436.
- Sentencia de la sala segunda del Tribunal Supremo núm. 699/2021, de 5 de octubre. ECLI:ES:TS:2021:3431.
- Sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo núm. 464/2023, de 14 de junio. ECLI:ES:TS:2023:2627
- Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 500/2023, de 22 de junio