

## Utilización de la nueva información obtenida en el curso de una investigación policial y el hallazgo casual. Intervenciones telefónicas

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid*

---

### EXTRACTO

Para dar validez a los hallazgos causales que aparecen tras una intervención telefónica, de forma imprevista, se han de ampliar las escuchas con una nueva resolución judicial, basada en la especialidad, en la flagrancia o en la conexidad.

Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

**Palabras clave:** hallazgo casual; cesión de datos IMEI e INSI; intervención telefónica; especialidad; proporcionalidad; conexidad.

---

*Fecha de entrada: 13-03-2018 / Fecha de aceptación: 27-03-2018*

## **ENUNCIADO**

En el curso de una investigación policial se obtiene información relevante de la comisión de nuevos delitos. El auto judicial fue concedido para la intervención telefónica de un presunto delito de tráfico de drogas; sin embargo, tras las escuchas pertinentes, aparecen indicios de otros relacionados (malversación y cohecho). En los nuevos oficios de la policía, dirigidos al juez instructor, se pide esa intervención telefónica y la cesión indiscriminada de todos los datos IMEI e INSI, asociados a conversaciones y otros titulares de líneas con las que hubiera conversado durante la investigación o antes el presunto delincuente, como método para ampliar la investigación a los nuevos delitos detectados. El juez admite varias prórrogas para continuar con la investigación, y dicta un nuevo auto por el que la amplía a los nuevos delitos indicados, adicionando la información obtenida en el hallazgo casual. Dicta asimismo autorización indiscriminada a la policía para reclamar de las operadoras los datos de los usuarios registrados que intervinieron en las conversaciones con el investigado.

### *Cuestiones planteadas:*

1. Sobre la utilización de la nueva información obtenida y el hallazgo casual. ¿Es correcto utilizar el hallazgo causal sin límites que impidan la nulidad? ¿Cuáles son los elementos o requisitos que legitimarían la utilización de la información tras el hallazgo?
2. ¿La cesión por la operadora de todos los datos IMEI e INSI obtenidos en el curso de una intervención telefónica es lícita o afecta al derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros ajenos al investigado con los que ha hablado el presunto delincuente?

## **SOLUCIÓN**

1. Esta pregunta encubre varias preguntas. Con ella pretendo ilustrar sobre la validez o no de unas pruebas obtenidas o de unas investigaciones obtenidas tras el denominado hallazgo causal producido allende la investigación inicial y la autorización judicial primigenia.

No se puede dar la espalda a una realidad no infrecuente. Muchas investigaciones policiales empiezan con un objetivo y terminan con otros, y los policías, como dicen algunas resoluciones

judiciales, no pueden mirar a otro lado: «La Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallazgos casualmente sea distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial». Ahora bien, siempre que no se «vulneren las garantías de los derechos fundamentales» por haber actuado «fraudulentamente». Y esto es lo que vamos a desarrollar a continuación.

En principio, la investigación de unos hechos delictivos no impide la adición de otros que se detecten descubiertos por casualidad. Pero, tal afirmación, no puede ser indiscriminada sino que debe pasar por el registro del análisis de la concurrencia de unos elementos, bien desarrollados y consolidados por nuestra constante jurisprudencia. A saber: la especialidad, la proporcionalidad, la conexidad, el control judicial, etc. Un auto judicial para investigar un posible tráfico de drogas autoriza solo eso, en principio, el delito especial –de ahí el primer principio: la especialidad–.

Como dice el Tribunal Constitucional la intervención no permite desvelar genéricamente el secreto de las comunicaciones para investigar indiscriminadamente cualquier otro rumor de delito a modo de prevención general, partiendo de un auto judicial perfectamente individualizado, basado en el oficio (u oficios) de la policía que funde suficientemente las razones de la petición. No son lícitas las «prospecciones» generales sobre conductas. Es decir, si la investigación de la policía –dado el caso– se realiza indiscriminadamente, yendo más allá de la autorización concreta, aprovechando el presunto delito de tráfico de drogas para controlar, no solo al directamente investigado, sino a cualquier otro que pueda deducirse de la cesión de todos los datos de la operadora, esa investigación está viciada y no se pueden utilizar sus resultados para adicionar otros delitos y otras personas, pues se vulneraría la especialidad, la proporcionalidad de la medida, e incluso la conexidad de esos otros delitos con el directamente investigado.

Obsérvese que el caso nos indica que el juez, a resultas de los hallazgos, procede a dictar un nuevo auto ampliatorio, adicionando los nuevos hechos descubiertos. Esto es importante, porque, tras la nueva aparición de delitos a investigar, debe concretarse la autorización judicial pertinente, y esa autorización conlleva la previa información o los nuevos oficios de la policía, bien pidiendo al juez, bien informando al juez detalladamente de cuanto se descubre en conexión con la primera línea de investigación. Por consiguiente, la motivación y la autorización del juez son también requisitos elementales y esenciales que evitan la nulidad de las actuaciones, porque los descubrimientos imprevistos deben cumplir con todos ellos y con las nuevas autorizaciones judiciales que legitiman las apariciones, los hallazgos. Incluso podríamos decir que la flagrancia de los nuevos delitos es otro elemento importante a la hora de valorar la extensión de la investigación con la protección del nuevo auto del juez, o de las nuevas prórrogas de las intervenciones telefónicas, si fuere preciso.

2. La segunda parte se centra en el estudio de la obtención de unos datos genéricos de todos los interlocutores con el directamente investigado, suponiendo que la policía pide en su oficio esa intervención y la cesión de todos los datos interesados deducidos de las conversaciones que haya podido tener el investigado.

La cuestión plantea la nulidad del secreto de las comunicaciones por haberse conservado el tráfico en las comunicaciones, porque ha podido vulnerarse la proporcionalidad, al convertir en posibles sospechosos todos los ciudadanos. Esta es la esencia del caso y de esta pregunta. Se pueden conservar los datos indiscriminadamente de todas las personas y usarlos en la investigación de un delito. La ley 25/2007, de 18 de octubre, relativa a la conservación de esos datos permite su conservación y cesión con la pertinente autorización judicial y para los fines predeterminados.

Por consiguiente, parecería pacífica la contestación, porque el oficio de la policía pide dos cosas: la intervención telefónica y la obtención de los datos conservados de las comunicaciones del investigado con terceros. Si el auto judicial así lo concede, el resultado es lícito. Pero la cosa no es tan fácil. La Sentencia de 8 de abril de 2014 del TJCE anuló la Directiva Comunitaria 2006/24 sobre «conservación de datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas». Tras la reforma de la LECrim., el artículo 588 ter j) permite la cesión con autorización judicial. Además, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002 (modificada por la 2009/136/CE) se opone a la norma interna (española) si acepta la conservación de datos «sin supeditar el acceso a ellos a un control previo por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa independiente».

Vemos que el caso plantea, dentro de la investigación principal, la posibilidad de la extensión a otros posibles delitos deducidos de las escuchas (hallazgos). Decimos que no hay nulidad por cuanto se ha expuesto en la pregunta anterior. Ahora, en el marco de la investigación, respetando la proporcionalidad y la conexión de los delitos, el auto del juez autorizante, los otros autos para ampliar la investigación a los nuevos delitos y la petición de la cesión de los datos conservados, todo ello ha sido correcto, pues una autoridad independiente ha controlado la investigación y ha permitido la cesión de los datos. Lo prohibido es el almacenamiento indiscriminado y la obtención injustificada de información por cesión.

Si bien, en el marco de una investigación, si el delito es grave, el artículo 588 ter j) de la LECrim. permite proceder como así hizo el juez de instrucción. No se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y no se opone nuestra norma interna a las exigencias de la directiva comunitaria. La directiva prohíbe el acceso sin límite alguno dentro del marco de una investigación criminal y sin control judicial. Cuesta creer que el oficio de la policía sea infundado –entendiendo que no requiere de una motivación detallada sino bastante–; cuesta creer que el auto no respete la proporcionalidad y la motivación mínima necesaria. La prueba obtenida así es, en definitiva, lícita, si se cumplen las exigencias legales desarrolladas en este apartado.

La autorización indiscriminada de datos de tráfico o de abonados con los que haya podido conversar el investigado sí puede suscitar algunas dudas, pues, en este caso, la proporcionalidad y necesidad de la medida, tan ampliamente concedida, podría cuestionarse. En cualquier caso, ha quedado clara la postura de la jurisprudencia en asuntos de esta naturaleza.

La sociedad en su conjunto puede estar protegida en su intimidad o secretos porque solo el control judicial puede permitir el acceso al conocimiento de unos datos, sin duda, reservados.

*Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 588 ter j).
- Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).
- Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.
- SSTC 106/1988, de 8 de junio; 145/1988, de 12 de julio; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, 35/2000, de 14 de febrero; 131/2000, de 19 de julio; de 27 de septiembre; 60/2001, de 17 de marzo; 167/2002, de 18 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre; 197/2009, de 28 de septiembre, y 191/2012, de 29 de octubre.
- SSTS 798/2007, de 1 de octubre; 757/2009, de 1 de julio; 991/2016 de 12 de enero; 717/2016, de 27 de septiembre.