

**LA CAPTACIÓN AMBIENTAL:
ANÁLISIS DE ESTA NUEVA DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN DESDE LA
PERSPECTIVA DEL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL**

**A CAPTAÇÃO AMBIENTAL:
ANÁLISE DA NOVA DILIGÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO DA
PERSPECTIVA DO DIREITO POSITIVO ESPANHOL**

Alberto Varona Jiménez¹

RESUMEN: La Ley n.º 9.264, de 24 de julio de 1996, sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, ha sido modificada recientemente por la Ley n.º 13.964, de 24 de diciembre de 2019. En el marco del pacto contra el crimen, la reforma introduce una nueva diligencia de investigación: la llamada “captación ambiental”. En este trabajo vamos a analizar esta novedad legislativa, y para ello nos serviremos de la experiencia del proceso penal español, que desde el año 2015 permite el uso de dispositivos electrónicos para captar conversaciones orales.

PALABRAS CLAVE: Pacto contra el crimen. Captación ambiental. Derecho comparado. Sistema Procesal Español.

RESUMO: A Lei no 9.264, de 24 de julho de 1996, relativa à interceptação de comunicações telefónicas e telemáticas, foi alterada recentemente pela Lei no 13.964, de 24 de dezembro de 2019. No âmbito do pacto anticrime, a reforma introduz uma nova diligênciade investigação: a captação ambiental. Neste trabalho, analisaremos essa novidade legislativa e, para isso, utilizaremos a experiência do processo criminal espanhol, que desde 2015 permite o uso de dispositivos eletrônicos para captar conversas orais.

PALAVRAS-CHAVE: Pacto anticrime. Captação ambiental. Direito comparado. Sistema Processual Espanhol.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, Professor da Escola Judicial do Poder Judiciário Espanhol e juiz da Audiência Provincial de Barcelona.

INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más interconectado como consecuencia del desarrollo de las nuevas tecnologías asociadas a internet, en el que han surgido nuevas formas de comunicarse telemáticamente como son el correo electrónico, los foros o apps como WhatsApp, seguimos encontrando prácticas delictivas en las que los delincuentes, especialmente de organizaciones o grupos criminales, huyen de aquellas comunicaciones telefónicas y telemáticas ante el riesgo de que puedan estar intervenidas, y recurren a encuentros aislados en lugares públicos o privados para la ejecución de los hechos delictivos. O simplemente, sin renunciar al uso de aquellas nuevas tecnologías, cambian continuamente de dispositivos o utilizan comunicaciones encriptadas, imposibilitando o dificultando la eficacia de la interceptación. En este contexto, cobra especial importancia la técnica de investigación consistente en el uso de micrófonos ambientales u otros dispositivos electrónicos que permiten captar el sonido y la imagen.

El legislador brasileño no ha sido ajeno a esta situación. Hace apenas unos meses ha entrado en vigor la Ley n.º 13.964, de 24 de diciembre de 2019, que ha instituido el pacto contra el crimen en Brasil. Con el objeto de luchar contra la delincuencia y el crimen organizado, esta norma realiza una reforma de la legislación penal y procesal penal. Una de las novedades legislativas ha sido la introducción de una nueva medida de investigación: la llamada “captación ambiental” en el marco de la investigación o instrucción criminal. A tal fin, el legislador ha modificado la Ley n.º 9.296, de 24 de julio de 1996, sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

El estudio de esta nueva diligencia de investigación constituye el objeto del presente artículo. Para ello, nos vamos a servir de la experiencia habida en España durante los últimos cinco años, en los que es posible el uso de dispositivos electrónicos para captar conversaciones orales.

1 BREVE REFERENCIA A LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN ESPAÑA

Antes del año 2015, en España la regulación se circunscribía también a las intervenciones de las comunicaciones telefónicas². La regulación, ya de por sí parca e

² Art. 579, apartados 2.º, 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la



imprecisa, difícilmente justificaba y amparaba la instalación de un micrófono como medida de investigación. En otras palabras, carecíamos de una habilitación legal específica en la que se estableciesen reglas claras y detalladas sobre su utilización. Esta exigencia había sido demandada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos por afectar al derecho al respeto a la vida privada reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos³ (sentencia de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia); y por este motivo, el propio Tribunal Constitucional español había declarado la nulidad de las grabaciones obtenidas en el interior de una celda de una comisaría de policía (sentencia 145/2014, de 22 de septiembre)⁴.

La reforma del año 2015⁵ supera la antigua regulación, acoge el importante cuerpo jurisprudencial generado a partir de la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras contra España⁶, que ya había puesto de manifiesto aquellas carencias, e introduce nuevas medidas de investigación tecnológica. Concretamente, la reforma regula cinco medidas de investigación, que vienen precedidas de un conjunto de disposiciones comunes a todas ellas: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, seguimiento y de localización; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y registros remotos sobre equipos informáticos.

causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones (...) telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

³ Esta sentencia está disponible en francés en el siguiente enlace: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69188>.

⁴ Interesante sentencia del órgano judicial encargado de ser el intérprete supremo de la Constitución en España. Puede verse en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-11014.

⁵ Se trata de la reforma operada por la 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. El legislador ha optado por no cambiar la numeración del texto legal, —recurriendo para ello a artículos bis, ter, etc.— y ha optado por incluir estas nuevas diligencias de investigación bajo un nuevo título que lleva por nombre “las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución”. Además de las medidas de investigación tecnológica, este título regula también la entrada y registro en un lugar cerrado, el registro de libros y papeles, y la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica. Tienen a su disposición esta reforma en la dirección web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10725>.

⁶ Tienen la versión en español de esta sentencia en la siguiente dirección: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-163845>.



Bajo la rúbrica “captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, cinco artículos habilitan la posibilidad de autorizar la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de comunicaciones orales en los términos que analizaremos a lo largo de este trabajo (arts. 588 quáter a, b, c, d y e de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2 LA CAPTACIÓN AMBIENTAL EN LA LEY N.º 13.964, DE 24 DE DICIEMBRE DE 2019

La reforma brasileña introduce dos nuevos artículos en la Ley n.º 9.296: los artículos 8º A y 10º A. Reproducimos a continuación su tenor literal:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Pùblico, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstancialmente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.”

“Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial.

A la vista del tenor literal de estos preceptos, podemos sistematizar esta novedosa regulación en los siguientes términos:

- a) objeto: pueden ser objeto de captación las señales electromagnéticas, ópticas o acústicas;
- b) competencia funcional: la competencia para su adopción corresponde al órgano judicial;
- c) legitimación: puede acordarse a solicitud de la autoridad policial o el Ministerio Fiscal, en el marco de una investigación o instrucción criminal;
- d) principio de necesidad: es necesario que la prueba no pueda obtenerse por otros medios disponibles e igualmente efectivos;
- e) principio de especialidad: es necesario que existan elementos probatorios de autoría y participación en un hecho delictivo;



- f) presupuesto legal: será necesaria la investigación de infracciones penales castigadas con pena máxima superior a 4 años, con la salvedad de que se admiten las infracciones conexas;
- h) contenido de la resolución judicial: la resolución judicial debe describir con detalle la ubicación y la forma de instalar el dispositivo;
- i) duración: no puede exceder de quince días, renovable por decisión judicial por períodos iguales, si se prueba la indispensabilidad de la evidencia y cuando se presente actividad criminal permanente, habitual o continua;
- j) cláusula de supletoriedad: resultan de aplicación supletoria las disposiciones que regulan las interceptaciones telefónicas y telemáticas;
- l) aspecto sustantivo: se introducen tres nuevos delitos: quien no siendo interlocutor realice una captación ambiental para la investigación criminal o la instrucción sin autorización judicial; el funcionario público que no cumpla con el deber de mantener la confidencialidad de la investigación en la que se haya realizado una captación ambiental; y el funcionario público que revele el contenido de las grabaciones mientras se mantenga el secreto profesional.

En este trabajo, nosotros nos vamos a ocupar de los aspectos procesales de esta reforma.

3 ASPECTOS PROCESALES DE LA REFORMA A LA VISTA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

La primera idea que nos gustaría destacar es la distinta técnica legislativa utilizada en ambos países. Mientras que en España, el legislador ha optado por introducir esta diligencia de investigación en una reforma de la norma procesal básica, nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, que data del año 1882⁷, en Brasil la utilización de esta diligencia de investigación ha sido incluida en una ley especial en la que se aborda la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Además, el legislador español ha optado por establecer un conjunto de disposiciones comunes a todas las diligencias de investigación tecnológica, como capítulo previo a la regulación de las especialidades de la captación ambiental a lo largo de cinco preceptos; por el contrario, el legislador brasileño ha dedicado un único precepto a los aspectos procesales de la

⁷ Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>.



captación ambiental, precepto que incorpora una remisión subsidiaria a las disposiciones relativas a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 8º A § 5 de la Ley n.º 9.296).

A continuación, vamos a analizar sucesivamente los siguientes aspectos procesales:

- a) Competencia funcional y legitimación activa;
- b) Objeto;
- c) Duración de la medida;
- d) Catálogo de delitos;
- e) Principios rectores;
- f) Contenido de la resolución judicial; e
- g) Ejecución.

3.1 COMPETENCIA FUNCIONAL Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

El art. 8º A de la Ley n.º 9.296 establece que la captación ambiental puede ser “autorizada por el juez, a solicitud de la policía o el fiscal”. El juez dispondrá de un máximo de 24 horas para resolver (art. 8º A § 2).

De este precepto nos ha llamado la atención que el legislador no haya previsto expresamente la posibilidad de acordar esta diligencia de oficio, potestad que sí está prevista cuando la misma norma regula las intervenciones telefónicas y telemáticas (art. 3º). Teniendo en cuenta que, como hemos señalado, estas disposiciones son de aplicación supletoria a la captación ambiental, no parece que exista objeción a poder acordar esta nueva medida de oficio. Desde una perspectiva de derecho comparado, todas las medidas de investigación tecnológica españolas pueden ser acordadas de oficio, sin distinción (art. 588 bis b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Ambas legislaciones regulan cuál debe ser el contenido de la solicitud de la policía o del Ministerio Fiscal. Con carácter específico, el art. 8º A § 1 de la Ley n.º 9.296 establece que “el requerimiento debe describir en detalle la ubicación y la forma de instalación del dispositivo de captación ambiental”; y el art. 4, de aplicación supletoria, determina que la “solicitud (...) contendrá la demostración de que su realización es necesaria para la investigación de un delito penal, indicando los medios a emplear”. En este punto, me gustaría reflejar que resulta más exigente la normativa española, en la medida que la solicitud deberá justificar todos los extremos que ha de contener la resolución judicial, extremos a los que posteriormente



dedicaremos un apartado específico (art. 588 bis b y quáter c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Eso sí, a diferencia del derecho español, el sistema brasileño permite excepcionalmente que la solicitud se formule verbalmente (art. 4º § 1 Ley n.º 9.296).

En España, estas diligencias de investigación solo se pueden acordar en el marco de un procedimiento judicial y previo informe del Ministerio Fiscal antes de la adopción de la medida. Se trata de un informe preceptivo pero no vinculante, consecuencia de la función del Ministerio Fiscal de defensa del interés público (arts. 588 bis c y quáter c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Recordemos que en España sigue siendo el Juez de Instrucción quien asume la función de investigación de los delitos. El Ministerio Fiscal es una parte del procedimiento.

3.2 OBJETO

Aquí tenemos una de las principales diferencias entre ambos sistemas. En el caso de Brasil, el legislador permite captar “señales electromagnéticas, ópticas o acústicas”. La norma no precisa qué significa cada uno de estos términos. Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no cabe duda de que en lo acústico tienen cabida todo tipo de sonidos, incluidos los producidos por las personas. Por consiguiente, sería posible interceptar las conversaciones orales mantenidas por una persona. La óptica comprendería las imágenes. Y las señales electromagnéticas es un concepto más complejo y técnico que abarcaría las derivadas del uso de campos magnéticos como son los teléfonos, las ondas de radio, el wifi, el bluetooth, la antena digital, los radares o el sónar de los barcos. Por poner un ejemplo más concreto, los teléfonos celulares funcionan al enviar y recibir señales a torres de telefonía celular usando ondas de radiofrecuencia de baja frecuencia. En nuestra opinión, esto permitiría captar el IMEI de un dispositivo o geolocalizarlo, fuera de la colaboración prestada por las compañías de telecomunicaciones y de la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

En este punto nos parece más sencilla la normativa española, con conceptos más accesibles —pero más restringidos—, como son los de “conversaciones orales” e “imágenes”. Y al mismo tiempo, como vamos a ver, más exhaustiva al precisar a quién y el dónde:

En el caso de las imágenes, el texto español posibilita a la Policía Judicial:

Para obtener y grabar por cualquier medio técnico imágenes de la persona investigada cuando se encuentre en un lugar o espacio público, si ello fuera necesario para facilitar su identificación, para localizar los instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos. La medida podrá ser llevada a cabo a cuando afecte a personas diferentes del investigado, siempre que de otro modo se



reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de investigación.⁸

Si se trata de un espacio privado o las imágenes van acompañadas de sonido será necesario resolución judicial.

En el caso de las conversaciones orales, el art. 558 quáter a del texto procesal penal español habla no solo de captación sino también de grabación, por lo que se habilita legalmente de forma expresa, previa resolución judicial, tanto la escucha como la grabación de dicha conversación. La exigencia de resolución judicial comprende tanto la colocación como la utilización de los dispositivos electrónicos, eso sí, sin precisar cuáles. Esto quiere decir que quedan fuera de la norma la escucha de conversaciones por los agentes de la autoridad por sus propios sentidos. Pensemos en el caso de varios agentes de policía que, vestidos sin uniforme, escuchan una conversación en voz alta en el interior de una cafetería. La conversación podrá ser introducida como prueba válida a través de la testifical de los agentes en el acto del juicio oral. Solamente en el caso de que los agentes utilicen un dispositivo electrónico para amplificar el sonido o para grabarlo será necesario resolución judicial.

No obstante, la norma española tampoco está exenta de problemas de interpretación. El precepto habla de “conversaciones orales directas que se mantengan por el propio investigado”. ¿Y qué son directas? En la línea de lo defendido por la Fiscalía General del Estado⁹, el término “directas” hace alusión a las conversaciones mantenidas por el investigado por sí mismo y no a través de terceras personas de las que se valiese y sobre las cuales, por ejemplo, existan dudas acerca de la conciencia o voluntariedad como para poder considerarlas partícipes e intervenir sus comunicaciones — La utilización de terceros, por el contrario, sí está prevista en las intervenciones telefónicas¹⁰. Por consiguiente, la norma no impide la posibilidad de utilizar esta diligencia de investigación para captar conversaciones telefónicas, al menos la parte de la conversación mantenida por la persona que encuentre en lugar donde está colocado

⁸ Art. 588 quinquies a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁹ Sobre esta diligencia de investigación son interesantes las reflexiones que contiene la Circular 3/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos. En la misma se imparten criterios generales de actuación e interpretación vinculantes para los miembros del Ministerio Fiscal y que sirven de criterios orientativos y de reflexión para el resto de operadores jurídicos.

Puede verse en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/22/pdfs/BOE-A-2019-4242.pdf>.

¹⁰ Art. 588 ter c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: 1.º exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o 2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular”.



el micrófono. En este punto, la redacción del precepto en Brasil ampara claramente esta posibilidad al hablar de la captación de sonidos y de señales electromagnéticas. En definitiva, la diferencia con la intervención telefónica será el medio empleado para captar el sonido: en las intervenciones telefónicas, el celular; y en la captación ambiental, el micrófono o dispositivo habilitado al efecto.

Además, el legislador español prevé expresamente la potestad de colocar el micrófono en cualquier espacio abierto o cerrado, incluido el domicilio. Cuando fuera necesaria la entrada en un domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución judicial habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares. El auto también podrá autorizar que la escucha y grabación de las conversaciones sea complementada con la obtención de imágenes, lo que lógicamente potenciará el valor de la prueba, pero al mismo tiempo requerirá una mayor ponderación del principio de proporcionalidad (art. 588 quáter a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por todo ello, además del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 Constitución Española), en el que se protege toda comunicación con independencia de lo comunicado, a través de esta medida podrán verse afectados otros derechos fundamentales como los de intimidad, derecho a la propia imagen o inviolabilidad del domicilio (arts. 18.1 y 2 Constitución Española)¹¹.

No hay que confundir esta diligencia de investigación consistente en utilizar un micrófono ambiente con la posibilidad de que una intervención telefónica pueda captar el sonido ambiente desde que se efectúa la llamada, incluso antes de que el destinatario de la comunicación haya descolgado el teléfono. En este sentido, resulta especialmente relevante la sentencia del Tribunal Supremo de España 373/2016, de 3 de mayo. Esta resolución señala que:

"en cuanto a la utilización del móvil de los investigados como micrófono de ambiente, que se afirma por los recurrentes como injerencia no autorizada y de la que también predicen que conculca la inviolabilidad del domicilio, primeramente hemos de despojar lo acaecido de tal naturaleza; únicamente cuando la llamada ha sido establecida y el móvil la recibe, antes de aceptarla el destinatario, el sistema comienza a grabar; es decir, la llamada, para la que existía acuerdo judicial de intervención y grabación, ya se había producido, con independencia de que si el destinatario no la acepta, no genere coste para quien la realiza. Pero el ámbito de la resolución judicial, no depende del coste o gratuitad de la llamada. De otra parte, la grabación en esos instantes, no se magnifica en su captación, sino que al igual que acontece al registrar conversaciones, los ruidos próximos o de ambiente del preciso lugar donde se

¹¹ El artículo 18 de la Constitución Española dispone: "1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".



encuentren los móviles conectados a través de la correspondiente llamada, también restan grabados en un segundo plano con mayor o menor precisión...".

En cuanto a las señales electromagnéticas a que se refiere la norma brasileña, este término no aparece en la norma procesal española. Ya hemos expuesto que una interpretación de este término puede conducir a captar datos identificativos del celular o geolocalizarlo. En España, la geolocalización de un dispositivo, bien en tiempo real o bien a posteriori recabando datos de las compañías de comunicaciones, requerirá resolución judicial (arts. 588 ter d y j de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por el contrario, en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de delitos, se habilita a la policía para utilizar artificios técnicos con el objeto de descubrir la IP de un ordenador o el IMEI de un teléfono móvil, sin necesidad de resolución judicial (arts. 588 ter k y l de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Incluso existe la posibilidad de dirigirse directamente a aquellas compañías para conocer la titularidad de un teléfono o el teléfono de una persona determinada (art. 588 ter m de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por último, conviene también aclarar que la norma procesal española y la exigencia de resolución judicial se sitúa en el marco de una investigación criminal de determinados delitos (principio de especialidad). Por tanto, quedan fuera del ámbito del texto procesal y están sujetas a una regulación administrativa específica las cámaras de video-vigilancia utilizadas por la policía con fines preventivos en espacios y edificios públicos o las cámaras de video-vigilancia instaladas por empresas y particulares en sus centros de trabajo y domicilios. En estos casos, estaremos ante pruebas video-gráficas que podrán ser aportadas al procedimiento como prueba documental y que podrán ser valoradas como prueba siempre que se acredite su licitud, autenticidad e integridad.

3.3 DURACIÓN

En cuanto a la duración de esta medida de investigación, existe una diferencia sustancial entre ambas legislaciones, quizás la más relevante. El legislador brasileño fija una duración inicial máxima de 15 días, con posibilidad de prórroga por iguales plazos si se prueba la indispensabilidad de la evidencia y cuando se presente actividad criminal permanente, habitual o continua. Por el contrario, el legislador español no fija ninguna duración, sino que condiciona la posibilidad de circunscribir la autorización a las comunicaciones que pueda tener el investigado en uno o varios encuentros concretos y sobre cuya previsibilidad haya indicios



puestos de manifiesto por la investigación (art. 588 quáter b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y por si existiesen dudas, el art. 588 quáter e precisa que la grabación de conversaciones que puedan tener lugar en otros encuentros o la captación de imágenes de tales momentos exigirán una nueva autorización judicial.

Este es una aspecto muy importante. Obsérvese cómo el legislador español no habilita para utilizar un micrófono en un lugar de forma indiscriminada. Al contrario, será necesario que la resolución judicial concrete los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia. Aunque la ley guarde silencio, para determinar si un encuentro es o no concreto en la práctica son varios los criterios que podemos utilizar: por ejemplo, por razón de las personas que van a intervenir; o por razón del momento en que se va a producir; o simplemente por razones locativas del lugar donde se va a llevar a efecto.

3.4 CATÁLOGO DE DELITOS

El catálogo de delitos cuya investigación es presupuesto para la adopción de la medida es diferente en ambos países, con un mayor rigor punitivo en Brasil. El art. 8º A de la Ley de 1996 exige que se trate de infracciones penales cuyas penas sean mayores de 4 años o infracciones penales conexas, lo que supone una diferencia importante con las interceptación de las comunicaciones telefónicas, donde solo se exige que el hecho investigado constituya un delito castigado con una pena máxima que exceda de la pena detención (art. 2).

En España, el legislador requiere la investigación de un delito doloso castigado con un marco penal cuyo límite máximo sea al menos de 3 años de prisión; un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal; o un delito de terrorismo¹² (art. 588 quáter b, apartado segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

3.5 PRINCIPIOS RECTORES

Como sabemos, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea constitucionalmente legítima es preciso que se autorice mediante una resolución judicial

¹² En España existe un menor rigor punitivo si lo comparamos con otros países iberoamericanos. Así, por ejemplo, en España la estafa no agravada (por ejemplo hasta 50.000 Euros) está castigada con pena de prisión de hasta 3 años. El robo con fuerza en las cosas, también hasta 3 años. El robo con fuerza en casa habitada y el robo con violencia o intimidación, hasta 5 años.

motivada, que refleje la existencia de los presupuestos habilitantes de la medida —previa incoación de un proceso penal, indicios de delito y su conexión con la persona afectada por la medida interesada— y que satisfaga los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

El legislador español ha establecido una definición concreta y expresa de cada uno de estos principios en el art. 588 bis a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que por su relevancia transcribimos:

a) principio de especialidad: “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”. Obsérvese cómo se deja constancia expresa de la imposibilidad de realizar investigaciones prospectivas. La precisión de la norma contrasta con la sencillez del art. 8º A de la Ley brasileña de 1996 cuando exige que “existan elementos probatorios razonables de autoría y participación”, o del art. 2 I, previsto para las comunicaciones telefónicas, y de aplicación supletoria, cuando dispone que “no se permitirá la interceptación de comunicaciones telefónicas cuando (...) no hay evidencia razonable de autoría o participación en un delito penal”.

b) principio de idoneidad: “el principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”.

c) principios de necesidad y excepcionalidad: “en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: 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 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”. Por su parte, el nuevo art. 8a de la Ley de 1996 exige que la prueba no pueda hacerse por otros medios disponibles e igualmente efectivos”, y el art. 2 II dispone que “no se permitirá (...) cuando la prueba pueda hacerse por otros medios disponibles”.

c) principio de proporcionalidad: “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”.

De los cuatro principios definidos, el que mayor interés nos despierta es este último. El legislador español ofrece una serie de criterios para valorar el principio de proporcionalidad en sentido estricto:

- a) la gravedad del hecho, en la que habrá que tener en cuenta la pena asignada al tipo penal, pero también el bien jurídico protegido y la propia dinámica comisiva;
- b) su trascendencia social, que se tendrá en cuenta en delitos contra la salud pública o la trata de seres humanos;
- c) el ámbito tecnológico de producción: esta mención resulta esencial para poder luchar contra el cibercrimen cuando se trata de delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías, que no es realmente el caso del micrófono. Si el delincuente ha utilizado las nuevas tecnologías para facilitar la comisión de su ilícito penal, parece lógico que el Estado pueda luchar con esas mismas herramientas en la búsqueda del esclarecimiento del hecho y la determinación de los responsables;
- d) la intensidad de los indicios racionales de criminalidad. La consistencia de los indicios posibilitará un análisis más ponderado; y
- e) la relevancia del resultado perseguido para integrar la prueba del delito y sus efectos en el restablecimiento de la paz social. La posibilidad de utilizar micrófonos con posibilidad de apagado y encendido remoto facilitará el juicio de ponderación que deba realizarse de los derechos en conflicto.

3.6 CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

En el caso de la captación ambiental brasileña, no existe ningún precepto específico sobre cuál debe ser el contenido de la resolución judicial. Resultan aplicables, por habilitación de la cláusula supletoria, los arts. 2 y 5 de la Ley n.º 9.296. El art 2 de la norma brasileña establece que “en cualquier caso, la situación que es objeto de la investigación debe describirse claramente, incluida la indicación y calificación del investigado, a menos que sea manifiestamente imposible, debidamente justificado”; y el art. 5 añade que “la decisión se fundamentará, bajo pena de nulidad, indicando también la forma de ejecución de la diligencia debida (...)"



En este punto, la norma española establece una exhaustiva, interesante y exportable enumeración de los extremos que ha de contener la resolución judicial, que acoge la doctrina jurisprudencial y que es predicable de todas las medidas de investigación tecnológica (art. 588 bis c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal):

- a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
- b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.
- c) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el art. 588 bis a
- d) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- e) La duración de la medida.
- f) La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al Juez sobre los resultados de la medida.
- g) La finalidad perseguida con la medida.
- h) El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

De forma específica para esta diligencia de investigación, el art. 588 quáter c de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “la resolución judicial que autorice la medida deberá contener (...) una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia”. Recordemos que en el supuesto en que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares. También, la escucha y grabación de las conversaciones se podrá complementar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde (art. 588 quáter a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

3.7 EJECUCIÓN

La reforma no establece ninguna disposición específica sobre la ejecución de la captación ambiental. Por consiguiente, resultan de aplicación supletoria los arts. 6, 7, 8 y 9 de la Ley n.º 9.296 relativos a la ejecución de la interceptación de las comunicaciones telefónicas. Recordemos que el art. 6 dispone que una vez que se concede la solicitud, la autoridad policial llevará a cabo los procedimientos de interceptación, informando al Fiscal Público, quien podrá monitorear su ejecución. Completada la diligencia, la autoridad policial dará cuenta al Juez. Para ello, acompañará una declaración detallada, que debe contener el resumen de las operaciones realizadas. El art. 7 establece la posibilidad de que la policía solicite servicios y



técnicos especializados a los concesionarios de servicios públicos. El art. 8 exige la formación de registros separados y la necesidad de preservar la confidencialidad de las grabaciones y las transcripciones. Y el art. 9 se ocupa de la inutilización de las grabaciones que no sirvan como prueba.

La regulación presenta algunas diferencias con la normativa española. En España la ejecución de esta medida estará bajo el control exclusivo del juez. Ello es consecuencia de un sistema procesal en el que la investigación sigue en manos de los Jueces de Instrucción. Dentro de las disposiciones comunes, la norma procesal española plantea el deber de colaboración en términos más amplios cuando el artículos 588 bis c 3 h) determina que la resolución judicial concretará el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia. Ello posibilita, por ejemplo, la posibilidad de recabar no solo la colaboración de entidades públicas sino también privadas, como podría ser una empresa fabricante de un vehículo para que facilitase una llave para acceder al interior de un modelo determinado para instalar un micrófono. También resulta interesante la previsión específica sobre la destrucción de los registros. Así el art. 588 bis k de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone:

“1. Una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Se conservará una copia bajo custodia del secretario judicial.

2. Se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del Tribunal.

3. Los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción contemplada en los anteriores apartados”.

Específicamente, el art. 588 quáter d de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 588 bis g, “la Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones. El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida”.



4 SUPUESTOS ESPECIALES: CONVERSACIONES CON LETRADOS Y GRABACIÓN POR AGENTES ENCUBIERTOS

Por último, vamos a hacer una breve referencia a dos supuestos concretos que merecen una atención especial en el derecho español: la captación de las conversaciones orales que mantenga el investigado, detenido o no, con su letrado; y la grabación de conversaciones por el agente encubierto.

En cuanto al primer supuesto, la norma procesal española determina que como regla general todas las comunicaciones entre el investigado, detenido o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones. La excepción viene determinada cuando se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal (arts. 118.4 y 520.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el caso de que esta conversación se produzca en un centro penitenciario, la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 exige que se trate de delitos de terrorismo (art. 51.2)¹³.

En cuanto al segundo supuesto que planteamos, el art. 282 bis, apartado 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “en el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto¹⁴, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollos en el interior de un domicilio”.

¹³ Ley disponible en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>.

¹⁴ El agente encubierto viene regulado en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El apartado primero dispone que: “(...) cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Ministerio del Interior por el plazo de seis meses prorrogables por períodos de igual duración, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad”.



CONCLUSIONES

La Ley n.º 9264, de 24 de julio de 1996, sobre interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, ha sido recientemente modificada por la Ley n.º 13.964, de 24 de diciembre de 2019, en el marco del Pacto contra el crimen organizado.

Desde el punto de vista procesal, la reforma ha introducido una nueva medida de investigación tecnológica en el sistema procesal brasileño: la captación ambiental.

La regulación permite explotar los avances de los dispositivos electrónicos al tiempo que resulta necesaria ante las dificultades que plantea la interceptación de algunas comunicaciones telefónicas o telemáticas.

La regulación de la nueva diligencia resulta algo concisa, sobre todo si la comparamos con su homóloga española. En cualquier caso, resultan de aplicación supletoria las disposiciones relativas a las intervenciones telefónicas y telemáticas.

El principal problema que puede suscitar su aplicación es su extensión. Por un lado, el legislador ha optado por utilizar conceptos técnicos como los de señales electromagnéticas, ópticas o acústicas, sin dar una definición de los mismos ni precisar circunstancias como el lugar o la afectación de terceras personas; por otro lado, la duración de la medida nos resulta excesiva si la comparamos con las restricciones establecidas en la normativa española, lo que exigirá un plus de motivación del principio de proporcionalidad. Los criterios expuestos de la normativa española pueden ser un punto de ayuda a tal efecto.

Si queremos luchar de forma efectiva contra la delincuencia trasnacional es importante armonizar nuestras legislaciones. Este es el objetivo de los principales instrumentos en esta materia como son el Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento y Obtención de Prueba en materia de ciberdelincuencia, hecho en Madrid el 28 de mayo de 2014, y al Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. Regula el inciso XII, parte final, del art. 5 de la Constitución Federal. Disponible en:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm. Acceso: 10 mayo 2020.



BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Mejora la legislación penal y el procedimiento penal. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art7. Acceso: 10 mayo 2020.

CONSEJO DE EUROPA. Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela Contreras contra España. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-163845>. Acceso: 10 mayo 2020.

CONSEJO DE EUROPA. Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 31 de mayo de 2005, caso Vetter contra Francia. Disponible en francés en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69188>. Acceso: 10 mayo 2020.

ESPAÑA. Constitución Española de 1978. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acceso: 10 mayo 2020.

ESPAÑA. 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. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10725>. Acceso: 10 mayo 2020.

ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acceso: 10 mayo 2020.

ESPAÑA. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre. General Penitenciaria. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>. Acceso: 10 mayo 2020.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Supremo 373/2016, de 3 de mayo. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/2f2fc41187d302b6/20160516>. Acceso: 10 mayo 2020.

ESPAÑA. Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2014, de 22 de septiembre. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-11014. Acceso: 10 mayo 2020.

ESPAÑA. Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2019. Captación y grabación de conversaciones orales mediante dispositivos electrónicos. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/22/pdfs/BOE-A-2019-4242.pdf>. Acceso: 10 mayo 2020