

Respecto del aval jurídico de SITEL, la norma que desarrolla su funcionamiento, el contenido y ejecución de la interceptación legal de las comunicaciones, es el Real Decreto 424/2005, de 15 de Abril, aprobado por el Consejo de Ministros, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios¹, Reglamento cuyo Título V contiene un Capítulo II que regula expresamente "La interceptación legal de las comunicaciones" (artículos 83 a 101). En general, el funcionamiento de SITEL, de los Centros de Interceptación de las comunicaciones y la entrega de la información a través de la Red SITEL, no cuenta con cobertura legal suficiente, ni permite un control judicial efectivo, específicamente porque impone la obligación de entregar a los agentes una serie de datos aunque el juez no los incluya en la orden de interceptación. Es decir, no cuenta con cobertura legal para que las interceptaciones obtenidas mediante estas tecnologías puedan ser utilizadas como medio de investigación y prueba válido jurídicamente, tal y como exige la jurisprudencia del TEDH, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo².

En los trabajos preparatorios del polémico Proyecto de Real Decreto que regula SITEL, se contó con los preceptivos informes de los Ministerios y entidades públicas afectadas (tales como el Consejo General del Poder Judicial o la Agencia Española de Protección de Datos). En general las conclusiones se mostraron favorables a la aprobación de la norma, pero se mostraron ciertos matices y alguna particularidad en relación con las personas autorizadas para realizar las interceptaciones.

Así por ejemplo, el Ministerio del Interior³ puso de relieve al legislador que la definición de "Agente Facultado" no era todo lo precisa que cabría

¹ Publicado en el Boletín Oficial del Estado número 102, de fecha 29 de Abril de 2005.

² Informe dictaminado en Junio de 2006, como conclusión de unas diligencias de investigación, por el Teniente Fiscal de Madrid, Pedro Martínez. Informe que elevó al Fiscal General del Estado, Cándido Conde Pumpido Touron, en el que se indicaba que SITEL había sido utilizado sin cobertura jurídica alguna, y que el Reglamento aprobado un año más tarde de su puesta en marcha era insuficiente, pues la Constitución exigía que se regulase mediante Ley Orgánica.

³ Informe emitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, al Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y las medidas técnicas para la interceptación legal

esperar y, que debía ser modificada por cuanto *únicamente pueden existir dos categorías de agentes facultados: la Policía Judicial y los miembros del Centro Nacional de Inteligencia, y estos últimos no tienen la consideración de agentes de la autoridad, ni de Policía Judicial (...)*. Por otra parte, recuerda que sólo la Policía Judicial, en ejercicio de sus funciones de investigación del delito⁴, *puede y debe acceder a la información previa, mediando un requerimiento justificado*, requerimiento que debe entenderse hecho a los operadores, sobre datos de conexión que tengan retenidos y, hecho por la autoridad judicial competente o a petición de la Policía Judicial en el marco de una investigación penal.

Por su parte, el Ministerio de Defensa, estimó en su Informe de fecha 21 de febrero de 2001, que *no resulta absolutamente claro que el Proyecto de Real Decreto informado se limite a desarrollar el artículo 49 de la Ley General de Telecomunicaciones (actual artículo 33), puesto que no regula las obligaciones de los operadores para garantizar el secreto de las telecomunicaciones, sino a sensu contrario, sus obligaciones a la hora de interceptar legalmente las mismas. De la obligación de garantizar el secreto de las telecomunicaciones no se desprende la obligación de interceptarlas. En esta duda sobre el rango de la norma proyectada redundaba el hecho de estar regulando el ejercicio de limitaciones a un derecho fundamental*.

El Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 27 de Septiembre de 2002, califica la ejecución de las interceptaciones como "cesiones de datos de carácter personal que se verifican sin el previo consentimiento del interesado" y, por tanto, que se deben ajustar a lo dispuesto por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, que exige que dichas cesiones estén previstas en una Ley. En el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que esta normativa excluye de su ámbito de aplicación los ficheros de carácter

de las comunicaciones electrónicas exigibles a los operadores que presten servicios o exploten redes de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de fecha 8 de Julio de 2003.

⁴ Artículos 104 y 126 de la Constitución, artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 445 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 228 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 2 del Real decreto 769/1987, de 19 de junio, de regulación de la policía judicial y, artículo 22 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

personal sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas, así como a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y, de formas graves de delincuencia organizada y, que además, se trata de la articulación de unas cesiones de datos incontinentes habilitadas por normas con rango de Ley, sin embargo, nada obsta para que se realicen con el máximo rigor y respeto al artículo 18 de la CE.

El que podría calificarse como el más completo de los Informes emitidos, en relación el con Proyecto de Real Decreto y lo que se refiere a la calidad de la norma para regular dichos contenidos y la capacidad de los órganos competentes para llevar a cabo las interceptaciones, es tal vez el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 24 de octubre de 2002.

Consideró el Consejo General de Poder Judicial que debía expresar su parecer sobre aquello que afectase directamente a derechos y libertades fundamentales y así, señala expresamente que:

Efectivamente, el artículo 18.3 de la Constitución Española consagra como derecho fundamental el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, "salvo resolución judicial".

Por su parte, el artículo 55.2 de la CE dispone que una Ley Orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en el artículo 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Reconoce por tanto la necesidad de que medie una resolución judicial motivada, fundamentada en la finalidad de descubrir o comprobar hechos relevantes para la causa penal, en la existencia de indicios de responsabilidad criminal en la persona afectada por la interceptación o que

se sirva de las comunicaciones para la realización de sus fines delictivos y, reconoce además la necesidad de que quienes ordenen la interceptación esté claramente definidos como "autoridad judicial" por la norma: Se evitaría así confusión en cuanto a la posibilidad de que otra autoridad u organismo distinto de una autoridad judicial pueda confirmar o autorizar la adopción de una medida de interceptación de las comunicaciones, en caso de que la adopción haya sido ordenada por alguna de las autoridades gubernativas a que hace referencia el artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o por el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, en el supuesto previsto en la Ley Orgánica 2/2002.

Por último y desde el punto de vista de los afectados, de los usuarios de las comunicaciones electrónicas, destacar su preocupación por la definición de autoridad judicial y "autoridad competente", como aquellas facultadas para autorizar la adopción y ordenar la ejecución técnica de una medida de interceptación legal y, para materializar la interceptación, respectivamente. El Informe emitido por la Asociación Española de Proveedores de Servicios de Internet (AEPSI), en septiembre de 2002, al borrador del Proyecto del Real Decreto, recuerda que *los jueces o tribunales son los únicos que tienen capacidad legal para autorizar y ordenar dicha interceptación y siempre previa existencia y comunicación al sujeto obligado de la orden judicial correspondiente. Además, sería conveniente que este Real Decreto definiese, a fin de agilizar y clarificar la actuación del sujeto obligado, las especificaciones que deberá incorporar la orden judicial de interceptación. Entre ellas debería figurar específicamente el sujeto o sujetos obligados a realizar la interceptación (para clarificar responsabilidades individuales y duplicidad en la actuación), la información específica relativa a la interceptación requerida (puesto que ésta dependerá del tipo de comunicación), el centro de recepción de la interceptación y otros datos que faciliten el proceso de interceptación. Con la introducción de todas estas especificaciones en la orden judicial, dicha actuación se beneficiaría también de una mayor proporcionalidad.*

La AEPSI, consideró que esto debía ser así por coherencia con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que en su artículo 12 establece las obligaciones en materia de retención de datos y, que únicamente faculta a los jueces y tribunales o, al Ministerio Fiscal, como autoridades competentes para requerir los datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas⁵.

En definitiva, todos los informes parecen coincidir en la necesidad de que sea un juez quien ordene y controle la interceptación de las comunicaciones, pero sin entrar en detalle en los aspectos que pueden quedar al margen de ello, aceptándose de hecho que:

La información previa a la interceptación legal no forma parte del contenido intelectual de los mensajes transmitidos, conforme explica la Fiscalía General del Estado en la consulta 1/1999, de 22 de enero, acerca del tratamiento de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones. En consecuencia, los contratos entre operadores y clientes, los DNI de los abonados, los pasaportes o tarjetas de residencia, domicilio y números y características de los terminales de los usuarios, no están integrados en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones⁶.

⁵ Este Informe va más allá, y señala a continuación que *En caso de que se decidiese habilitar para la materialización de la interceptación a otra "autoridad competente" al margen de la judicial, debería definirse explícitamente en el BRDILT.*

⁶ Informe emitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, de fecha 8 de Julio de 2003.