

LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

Por Manuel Manzano Sousa
Tte. Col. Guardia Civil
Licenciado en Derecho

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. MOTIVACIONES, LIMITACIONES Y ESQUEMA DEL TRABAJO.—III. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS LEGISLACIONES EN LA U.E. A. VISION DE CONJUNTO. B. EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL. 1. Régimen jurídico nacional: ¿concentrado o frustrado? 2. Los puntos candentes. a) Confusión de términos en los límite objetivos. b) Falsa distinción de sujetos pasivos y ausencia de presupuestos. c) De otras omisiones varias. 3. Conclusión anticipada.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA U.E. A.-EN GENERAL. 1. Derecho comparado. 2. Derecho español. B.-EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA. 1. En el momento de la prescripción. a) Presupuestos. a') Derecho comparado. a'') Derecho español. b) La reserva jurisdiccional o administrativa: ¿Quién la ordena? b') Derecho comparado. b'') Derecho español. c) Motivación de la medida. c') Derecho comparado. c'') Derecho español. d) Sujetos pasivos. d') Derecho comparado. d'') Derecho español. 2. Control en fase de ejecución. a) Requisitos en tiempo. a') Derecho comparado. a'') Derecho español. b) Requisitos en forma. b') Derecho comparado. b'') Derecho español. b'') Debate sobre la participación policial. 3. Control a posteriori. a) La notificación al interesado. a') Derecho comparado. a'') Derecho español. b) Órganos de apelación. b') Derecho comparado. b'') Derecho español. c) Depósito y destrucción de las grabaciones. c') Derecho comparado. c'') Derecho español. C.-EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA O DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO. 1. Características y justificación de su existencia. 2. Generalidades sobre los regímenes especiales existentes. 3. Estudio de detalle. a) En el momento de la prescripción. b) Control en fase de ejecución. c) Control a posteriori. 4. Breve consideración de aplicación en el caso español. 5. Interceptaciones extraordinarias, sin sujeción a control. D.-RÉGIMEN DE LOS EXPLOTADORES DE REDES O DE LOS PROCEEDORES DE SERVICIOS. 1. La obligación jurídica de colaboración o asistencia técnica. a) Derecho comparado. b) Derecho español. 2. Problemas específicos derivados de la interceptación en los sistemas de comunicación. a) Sistemas de telefonía en servicio: a') De red fija. a'') Terrestre móvil analógica. a''') Terrestre móvil digital. a''') Telefonía móvil por satélites. b) Problemas técnicos. c) Problemas de jurisdicción.—V. RESUMEN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Se refiere en la prensa con sentido muy atinado, sobre este asunto de relevante actualidad, que: «el espacio radioeléctrico está lleno de información. Todo es cuestión de saber captarla». Es toda una incitación para entrar en materia.

Nos encontramos en pleno auge del desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones. Poco más de cien años nos separan desde que Alexander Graham Bell (1876) puso en contacto a dos personas, separadas entre sí por tres kilómetros, a través de una línea eléctrica. En plena era de los satélites de telecomunicaciones (el primero: Telstar, 1952) la tradicional conversación por hilo se ve notablemente superada. Los medios de transmisión han escalado desde el rudimentario hilo de cobre pasando por las ondas radioeléctricas, hasta los satélites espaciales. Los tipos de información se han diversificado: sonido, imágenes, datos, etc. En este momento, en España comienza a expandirse la telefonía móvil o inalámbrica. En la mayor parte de los países de la Unión Europea y en el nuestro, a partir de este año (1995), la modalidad digital (codificada) es un hecho habitual en las comunicaciones privadas. Los avances en este campo son de tal dimensión que la versatilidad de los medios al servicio de los abonados asegura la fidelidad, el alcance, la seguridad y, sobre todo, la confidencialidad.

Son fenómenos excesivamente ventajosos para no ser instrumentalizados por la delincuencia, en particular la organizada, que obtiene de tales cualidades de la telecomunicación actual el provecho para rentabilizar la planificación y consecución de sus fines, obviamente ilícitos.

La utilización de estos nuevos y avanzados métodos para lograr el concierto de voluntades en la perpetración del delito, pone en jaque una vez más al Estado de Derecho. Una vez más éste se encuentra en un conflicto de intereses: de un lado debe garantizar el secreto de las comunicaciones privadas, y de otro debe permitir la injerencia en tal derecho, con el debido control, a los fines de la defensa de los intereses generales en la investigación del delito, o incluso de su propia estabilidad democrática.

No todos los países, en el concierto de la Unión Europea, han respondido y responden de igual forma al reto planteado. Sin embargo, la presencia de la delincuencia internacional en estos ámbitos es un presupuesto ya antiguo. Precisamente este tipo de organizaciones delictivas tienen un fácil acceso a la moderna tecnología por su gran poder econó-

mico. La lucha contra el crimen organizado no conoce fronteras. Allí donde la legislación sea más difusa o permisiva, se constituirán las transgresiones con mayor profusión. Todas las policías europeas, conscientes de su misión, necesitan de los cauces legales que posibiliten las excepciones del derecho al secreto de las telecomunicaciones privadas entre ciudadanos.

Para los cuerpos policiales es preciso alcanzar el máximo aprovechamiento de las autorizaciones que, respecto a sus limitaciones legales, habilitan las interceptaciones en orden a conseguir ventajas investigativas y/o la obtención de fuentes de prueba, para el esclarecimiento de los delitos e identificación de sus autores. Criterios de armonización, por consiguiente, deben presidir la regulación en esta materia para lograr el éxito, sin diferencias sustanciales que la hagan depender de la legislación del país origen de la llamada, país receptor de la misma, del operador de red, concesionario de los servicios, nacionalidad del satélite, etc.

Como puede observarse, el tema en cuestión mantiene una «envoltura» jurídica con un núcleo eminentemente técnico. El derecho comunitario avanza en la normalización de la información de las telecomunicaciones y sus equipos; así como en el establecimiento del mercado interior de servicios (1). Lo cual, una vez incorporado al derecho interno, facilitará la regulación del componente técnico-administrativo del

(1) Son ejemplo de ello: la Directiva del Consejo de 24 de julio de 1986 (L 217/21) relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales de telecomunicaciones. Directivas de la Comisión, de 18 de mayo de 1988 (L 131/73) y de 28 de junio de 1990 (L 192/10) relativas a la competencia en los mercados de terminales de comunicaciones. Directiva del Consejo, de 28 de junio de 1990 (L 192/1) relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones. Directiva del Consejo, de 29 de abril de 1991 (L 128/1), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre equipos terminales de comunicación. Recomendación del Consejo (87/371), de 25 de junio de 1987 relativa a la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas panaeuropeas en la Comunidad (D.O. L. 196.17.07.87, pág. 81); y Resolución del Consejo de 14 de diciembre de 1990 (D.O. C. 329.31.12.90, pág. 25) sobre el mismo asunto anterior. Directiva del Consejo (91/287 y 91/288), de 3 de junio de 1991 sobre bandas de frecuencias que deben asignarse para la introducción coordinada de las telecomunicaciones digitales europeas sin hilo (DECT) en la Comunidad (L. 141.08.06.91, pág. 47). Directiva (93/97) del Consejo, de 29 de octubre de 1993 por la que se complementa la Directiva 91/263 sobre equipos de estaciones terrenas de comunicaciones por satélite (D.O. C. 290.24.11.93, pág. 1). Decisiones de la Comisión (94/11 y 94/12), de 21 de diciembre de 1993 sobre reglamentación técnica común para los requisitos generales de conexión de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas panaeuropeas (D.O. L. 008.12.01.94, págs. 20 y ss.).

problema jurídico en su conjunto. Pero resulta extraordinariamente importante, sobre todo desde el punto de vista de su traducción práctica, abordar las posibilidades de llevar a cabo la interceptación legal de las telecomunicaciones, conociendo las limitaciones legales del Estado destinatario de nuestra demanda, según la competencia jurisdiccional reconocida de antemano.

En torno a ella va a girar este trabajo que confío nos permitirá, amén de conocer el derecho aplicable en este aspecto de los países de la Unión Europea, evaluar, en consecuencia, el propio derecho nacional disponiendo de las ventajas que proporciona el conocimiento de los avances legales de interés policial para la constitución de un frente equilibrado y común en el empleo de este medio de investigación particularmente técnico.

II. MOTIVACIONES, LIMITACIONES Y ESQUEMA DEL TRABAJO

Existen en la actualidad magníficas obras de carácter jurídico sobre las interceptaciones telefónicas en el ámbito nacional tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. Por su profundidad y autorizada opinión deben ser consultadas con prioridad. No se trata, por tanto, de emularlas vanamente, sino de ofrecer aquí un punto de vista jurídico-policial de la legislación procesal nacional respecto de la vigente en países de la U.E., ofreciéndose los comentarios consecuentes. La evolución tecnológica apremia en los países más desarrollados a tomar las iniciativas legislativas necesarias para mantener a los cuerpos policiales encargados de aplicarlas en condiciones ventajosas o, por lo menos, competitivas.

Ello se considera de interés, pues estamos convencidos de que la implantación del sistema digital G.S.M. (*Global System for Mobiles communications*) de telefonía móvil en España, ya operativo, pondrá en contacto a corresponsales-abonados de distintos países con una frecuencia inusitada. La delincuencia de medio y alto nivel rentabilizará el intercambio de información bajo cotas de seguridad insospechadas.

Las interceptaciones por vía de comisiones rogatorias proliferarán y, sin embargo, las legislaciones respectivas no están precisamente armonizadas. Ya se han detectado avances y progresos en determinados países a raíz de condenas del Tribunal de Estrasburgo. Nuestra situación

sobre la previsión legal que desarrolle el derecho fundamental (art. 183 C.E.) del secreto a las comunicaciones y las excepciones legales, es sencillamente insostenible. Creo que una mirada al exterior nos será muy provechosa. Por tanto —como se dice—, el eje director del estudio estará siempre orientado al ámbito procesal y, dentro de él, aquel en el que la intervención de la Policía Judicial esté interesada en conocer el camino a seguir en la instrumentalización de esta medida en la investigación del delito (2).

El *esquema* del trabajo se basa en los criterios de análisis aportados por el Juez Louis-Edmond Pettiti (T.E.D.H.) en su voto particular coincidente en el *Caso Malone* (S/2 de agosto de 1984). Dicha Autoridad judicial estima muy conveniente la distinción entre las escuchas permitidas bajo reserva jurisdiccional y las que se autoricen bajo régimen administrativo (3).

Nos encontramos, por tanto, con dos regímenes jurídicos diferenciados que han sido adoptados o no por los distintos países. Su consideración nos ofrece el siguiente orden para el estudio del régimen jurídico de la interceptación legal de las telecomunicaciones en la U.E. (IV):

- A) En general.
- B) En el marco de la delincuencia ordinaria.
- C) En el marco de la delincuencia organizada o de la seguridad del Estado.

Completaremos estos apartados con una somera mención a los aspectos tecnológicos en el proceso de evolución de la telefonía en España y su repercusión respecto de la ordenación de las interceptaciones legales en el seno de los explotadores de redes o servicios (D).

En cada régimen diferenciado se seguirá el orden cronológico común a la adopción de la medida, indicado además, en líneas generales, por la Sentencia de 6 de septiembre de 1978 del T.E.D.H. Así se estima conveniente que: «La vigilancia puede sufrir un control en tres niveles:

(2) Por este motivo, no entraremos en consideraciones que impliquen situaciones constitucionales excepcionales, o en el régimen normal de carácter sustantivo (arts. 192 bis y 497 bis C.P.) o de ámbitos especiales o restringidos, como el propio de la jurisdicción militar (L.O. 2/89, de 13 de abril, art. 188, competencia del Juez Togado militar para acordar la intervención telefónica), o bien reducidos al Régimen Penitenciario (art. 51, L.O. General Penitenciaria, 1/79 y arts. 89 y siguientes del Reglamento R.D. 120/1981, de 8 de mayo), o de otros que nos alejen de la motivación expuesta.

(3) Ver S/T.E.D.H., de 2 de agosto de 1984. *Caso Malone*. Boletín de Jurisprudencia Constitucional n.º 64-65 Agosto-Sep. 1986, págs. 1081 y ss.

cuando se ordena, mientras es desarrollada y después, cuando ella cesa o control *a posteriori* (pfo. 55) (4).

Para entrar en mejor disposición en los sectores propuestos veamos, previamente y a continuación (III), la situación actual de las legislaciones europeas en una visión de conjunto, con especial atención a la realidad española, con mención de sus principales aspectos más debatidos.

III. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS LEGISLACIONES EUROPEAS

A. VISIÓN DE CONJUNTO

Tomemos como base la consideración común a todos los países, que supone la irrupción de la interceptación legal de las telecomunicaciones como acto de investigación y posible medio de prueba en el proceso penal y, en consecuencia, de las innovaciones subsiguientes originadas en los cuerpos legales nacionales.

El punto de partida, galvanizador de las reformas legales, bien puede decirse que reside en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así puede afirmarse, dado que con motivo de la denuncia ante este Tribunal de particulares, por violación del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950), se ha propiciado la revisión de la legislación nacional cuestionada en el caso. En efecto, así resulta del *Caso Klass y otros* contra la **República Federal de Alemania**. Aunque, precisamente aquí, el examen de la ley entonces vigente G.10, de 13 de agosto de 1968, que desarrolla el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn (5), so-

(4) Ver. S/T.E.D.H. de 6 de septiembre de 1978. «Caso Klass y otros». *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 30, oct. 1983, pág. 1199 y ss.

(5) El art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, dice así:

1) Son inviolables el secreto de la correspondencia, así como el de las comunicaciones ppstales y el de las telecomunicaciones.

2) Las restricciones correspondientes no podrán disponerse más que en virtud de una ley. En el caso de que la restricción tenga como fin proteger el régimen fundamental de libertad y democracia o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado, la ley podrá determinar que la restricción no se comunique al afectado y que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular.

Este apartado 2 del artículo 10 está redactado de acuerdo con la revisión constitucional de 24 de junio de 1968, basado en la cual se redactó la Ley G.10, de 13 de agosto de 1968. Tanto la revisión constitucional como la Ley G.10, fueron objeto de impug-

bre limitación del secreto de las comunicaciones, fue declarada conforme a las previsiones del Convenio. Sin embargo, la legislación alemana, en este campo, no ha cesado de acomodarse a las más estrictas exigencias que el respeto y control de la injerencia en el derecho fundamental comporta. De esta forma, en un oportuno e incesante ejercicio de actividad legislativa, se mantiene el Código Procesal Penal (StPO) en perfecto estado de actualidad. Así, sucesivas leyes, desde 8 de junio de 1989, hasta la de 28 de octubre de 1994, mantienen los párrafos §100 a.-100d. y 101 como una expresión viva del régimen jurídico de interceptación de las telecomunicaciones. Se distinguen, por tanto, desde el propio art. 10.2 de la Ley Fundamental, dos regímenes que coexisten en su vigencia y cuya distinción viene dada, bajo la tutela constitucional, por la necesidad de defender el Estado de Derecho democrático Federal o de un Estado, en particular, en un primer caso. Y, en segundo término, un régimen procesal típico para el descubrimiento, acreditación y sanción de delitos comunes.

No ocurrió lo mismo en la demanda de James Malone contra el **Reino Unido** (*Caso Malone*), cuyo motivo de recurso fue en exclusiva la violación del secreto de las conversaciones telefónicas y la imposibilidad de recurrir el fallo interno del Juez Sir Robert Megarry, Vicepresidente de la *Chancery Division High Court*, en Sentencia de 28 de febrero de 1979. No obstante el reconocimiento expreso del Reino Unido como Estado parte contratante o signatario (art. 1 del Convenio) en favor de las personas y los derechos que les atañen, el juez nacional desestimó la demanda al no encontrarse positivado el derecho al secreto de las comunicaciones en el *Bill of Rights* o *statute law*. El Parlamento de Westminster no se había pronunciado de forma expresa sobre la incorporación del texto internacional al derecho interno.

Por todo ello el Tribunal de Estrasburgo llegó a la conclusión de que en el Derecho inglés y galés no se cumplía la previsión legal que permitía la injerencia de la autoridad pública en el derecho de los ciudadanos, a decir del art. 8.2 del Convenio, fallando por unanimidad de sus trece jueces que éste se había violado, en este punto. Así que, con posterioridad al fallo del Tribunal, el Parlamento británico aprobó la *Interception*

nación ante el Tribunal Constitucional Federal, recurso resuelto por sentencia de 15 de diciembre de 1970. Se encontraron conformes a la Constitución ambas, excepto el § 5(5) de la Ley G.10 sobre la notificación al interesado que podrá diferirse a «cuanto pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación» (redactado según ley de 13 de septiembre de 1978).

of *Communications Act*, norma sancionada por la Reina el 25 de junio de 1985, y en cuya elaboración se ha tenido en cuenta el pronunciamiento del T.E.D.H. en el *caso Malone*.

La nota principal del sistema británico es su carácter administrativo, en cuanto a la Autoridad competente para ordenar la medida, objeto de la misma, finalidad, etc. Tanto es así que se utiliza casi exclusivamente para ayudar a la policía en sus investigaciones, y nunca como medio de prueba. (Sec. 9. *Exclusion of evidente*). Unido esto a un control, todo tiempo, de la injerencia por parte de órganos extrajudiciales (Sec. 7. *The Tribunal* y Sec. 8. *The Commissioner*) que son designados por la Corona y el Primer Ministro, todo lo cual nos dice que se concibe como un régimen extraño al propio del derecho continental.

En **Francia** tenemos una experiencia de origen similar. Se acumularon, en la práctica, las demandas de Jean Kruslin y Jacques Huvig contra la República francesa (6). En el primer caso, la grabación de una conversación telefónica tenía la preceptiva autorización judicial y el jefe de la Gendarmería de Toulouse procedió en consecuencia en la investigación de un delito de asesinato. En el segundo caso, el Juez Instructor competente ordenó a la Gendarmería de Langres (Alto Marne) que interceptara las conversaciones telefónicas comerciales y privadas, en la persecución de un delito de fraude fiscal y falsedad contable.

Existía en Francia legislación aplicable para la adopción de las intervenciones, bien es verdad que bajo el estilo de cláusula general de habilitación, proclamando la libertad de los medios de investigación (arts. 81, 151 y 152 del Código Procesal Penal). Los reparos, por tanto, de la sentencia del T.E.D.H., de 24 de abril de 1990, no apuntaron a la falta de *previsión legal*. Dice así la sentencia: «En resumen, la injerencia litigiosa tenía fundamento legal en el Derecho francés» (punto 29, final). La exigencia, no satisfecha con arreglo al Convenio, se centra en la «calidad de la ley». «El sistema —se dice— no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra posibles abusos» (punto 35). Así pues, ni se precisan delitos, objeto de la medida, ni sujetos pasivos de la misma, ni duración, etc. La determinación del Tribunal sobre la violación del derecho de toda persona al respeto a la vida privada y de su correspondencia (art. 8.1 del Convenio), concepto en el que se incluyen las conversaciones por telecomunicación, tuvo como respuesta, por

(6) Ver S/T.E.D.H. de 24 de abril de 1990. «Casos Kruslin y Huvig». *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* n.º 144, págs. 285 y ss.

parte de la Asamblea Nacional Francesa, la aprobación de la Ley 91/646, de 10 de julio de 1991, *relativa al secreto de la correspondencia emitida a través de las telecomunicaciones*. Comentaristas de esta ley, como Pierre Chambon o Louis-Edmond Pettiti (7), no se recatan en reconocer como precedente inmediato de revisión la condena de Francia en los *casos Kruslin y Huvig*.

La ley francesa constituye, en la legislación europea, el intento más ambicioso del tratamiento de la materia en estudio, pues ha tenido en cuenta el distinto carácter de las escuchas que obedecen a la investigación de delitos comunes (Título I), bajo control judicial exclusivo, a las que denomina «judiciales», y la «interceptaciones de seguridad» (Título II), que tienen por objeto la búsqueda de información atinente a la seguridad nacional, terrorismo, delincuencia organizada y otros intereses, afectos al potencial económico y científico de Francia. Estas últimas confiadas al Poder Ejecutivo (a instancias del Ministro interesado, autorización del Primer Ministro y bajo control de un órgano interministerial). La nueva ley francesa, en vigor desde el 1.º de octubre de 1991, ha supuesto la ordenación de una nueva rúbrica (8) en el *Code de Procédure Pénale* (C.P.P.) comprendiendo ésta los artículos 100 a 100.7, nuevos. Pese a todo, la ley francesa no ha resuelto todas las carencias puestas de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, sobre todo en las escuchas que pueden ser medio de prueba en el ámbito penal. Así lo pone de manifiesto con pesar Henri Leclerc (9), en sus comentarios a la ley, y asimismo será objeto de nuestra particular crítica por el desequilibrio que su articulación supone en favor de la injerencia y de su instrumentalización no justificada.

En el cenit de la filosofía que la impregna, la Ley francesa regula un tipo de interceptaciones de carácter extraordinario o sin sujeción a control, cuya finalidad es la defensa nacional, sin perfilarse límites ni pre-

(7) Ver CHAMBON, Pierre: «Analyse et commentaire de la Loi n.º 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications». *Actualité législative Dalloz* n.º 22/1991, 26 décembre 1991, pág. 173.

Ver PETTITI, Louis-Edmond: «Les écoutes téléphoniques et le droit français». *L'Actualité Juridique. Droit administrative*, 20 janvier 1992, pág. 35.

(8) A partir de esta Ley la Sec. 2.ª, Cap. I, Tít. III, Libro I del Código de Procedimiento Penal se denomina: *Des interceptions des correspondances émises para la voie des télécommunications*.

(9) Ver LECLERC, Henri: «Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France». *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, janvier-mars 1992, pág. 21.

supuestos definidos. Finalizando la ley en unas disposiciones comunes extremadamente útiles a los efectos administrativos del régimen de explotación de los servicios de telecomunicaciones, salvaguardando los intereses prevalentes de las interceptaciones legalmente acordadas.

En Italia, el motor de la actual regulación legal sobre la interceptación de las telecomunicaciones puede considerarse que está representado por la sentencia n.º 34 de la *Corte Costituzionale*, de 6 de abril de 1973. Esta sentencia rechaza la inconstitucionalidad del régimen legal vigente entonces respecto al art. 15 de la Constitución italiana de 1947 (10), reconociendo que el secreto de las comunicaciones no es un derecho absoluto, que ha de ceder y ser limitado ante la presencia de intereses individuales o colectivos, entre ellos «la exigencia de prevenir y reprimir delitos, es decir, un bien que es asimismo objeto de protección constitucional». Pero lo más importante para la configuración del régimen jurídico de las interceptaciones es la impartición de unos criterios que delimitan la adopción de la medida. Así: la reserva jurisdiccional de la misma, duración, prórrogas, controles *a posteriori*, etc. Con base en esta doctrina, se aprobó la Ley 98/74, de 8 de abril, que modificó el Código Penal e introdujo en el Proceso Penal toda una serie de medidas, que constituyen el actual marco legal (arts. 266-271), configurando un régimen jurídico muy completo, cuya última modificación (L. 23 dic. 1993, n. 547) sale al paso de las interceptaciones específicas de comunicaciones informáticas o telemáticas (nuevos arts. 266 bis y 268.3 bis, y modificados los arts. 268.6 y 8).

El terrorismo, en general, y la delincuencia mafiosa, en particular, han exigido para su combate la aprobación de medidas excepcionales (11), también en esta materia, que tienden a agilizar la autorización de la interceptación por iniciativa del fiscal a petición de las fuerzas policiales, aunque no escapa al control judicial en ningún momento, aumento de plazos, escuchas preventivas, etc.

(10) El art. 15 de la Constitución de la República de Italia, de 27 de diciembre de 1947, dice así: «La libertad y el secreto de la correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la Ley».

(11) Estas medidas se contienen en las siguientes disposiciones: D-L. 306/92, de 8 de junio, convertido con modificaciones en Ley de 7 de agosto de 1992, n. 356, sobre modificación urgente del nuevo Código de Procedimiento Penal y medidas para contrarrestar la delincuencia mafiosa; y la Ley 203/91, de 12 de julio, n. 203, conversión en ley con modificaciones del D-L. de 13 de mayo de 1991, n. 152 sobre el procedimiento de urgencia en la lucha contra la delincuencia organizada y de transparencia y buena gestión de la actividad administrativa.

Bélgica recoge en el texto de 1994 de su Constitución (12) la inviolabilidad de su correspondencia. Varios proyectos de ley se han sucedido desde 1985 impulsados por el Ministro de Justicia, entonces Jean Gol, que han sido continuados en 1991, con ciertas trabas por parte del Consejo de Estado para llegar a una regulación de la excepción al secreto de las comunicaciones telefónicas, garantizado constitucionalmente.

Una sentencia del Tribunal de Casación de 2 de mayo de 1990 declaraba ilegal el método de intervención telefónica denominado *repérage* (observación telefónica sin el conocimiento de su contenido) sobre los correspondientes de la conversación. Práctica policial basada en una circular ministerial, de 17 de agosto de 1923, llevada a cabo sin autorización judicial, que contravenía el art. 88 bis del Código de Instrucción Criminal. Tal circunstancia aceleró los trámites en una doble dirección. En primer lugar, el Consejo de Ministros sometió al Parlamento la modificación de tal artículo para dar cabida a la práctica con amparo legal de la modalidad más atenuada de la injerencia (*repérage*) en las comunicaciones telefónicas, bajo la reserva jurisdiccional. Tal iniciativa legislativa configura hoy el artículo 88 bis del *Code d'instruction criminelle* (C.I.Cr.), según Ley de 11 de febrero de 1991.

En segundo término se diseñó un régimen completo de alcance y contenido sobre los aspectos íntegros de la medida. Así se presentó, en septiembre de 1993, el anteproyecto de ley del ministro Wathelet sobre la *surveillance* de las comunicaciones y telecomunicaciones privadas, que es preferible traducir —justificándose más adelante— por: «interceptación»; puesto que tal medida comprende: *écouter, prendre connaissance et enregistrer, pendant leur transmission*.

La Ley, que fue sancionada por el Rey el 30 de junio de 1994 (M.B. 24.01.95), *relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées*, contempla la protección penal (arts. 1 y 2) y el régimen procesal (arts. 3 y 4). Este último supone la inserción en el C.I.Cr. de ocho nuevos artículos (90ter-90decies) (13) en los que es pa-

(12) El artículo 29 del Texto Refundido de la Constitución belga, de 17 de febrero de 1994 (contiene sin modificación el texto primitivo de 1831) garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, en los términos siguientes: «Será inviolable el secreto de la correspondencia». *Boletín Legislación Extranjera* 149-150, marzo-abril 1994. Cortes Generales.

(13) La ley, en el aspecto procesal, crea una nueva rúbrica, en el Libro I, Capítulo VI, Sección II, distinción II, del Código de Instrucción Criminal, un nuevo § 6, denominada «Des écoutes, de la prise de connaissance et de l'enregistrement de communi-

tente la influencia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El régimen belga queda configurado como de naturaleza estrictamente procesal penal (14), diferenciándose nítidamente dos intensidades de la medida: le *repérage* (art. 88 bis C.I.Cr.) y la *surveillance* (intercepción) (arts. 90ter-90decies C.I.Cr.). Todo ello anteponiendo el carácter excepcional de su adopción y un ejemplar desarrollo de fijación de requisitos, límites, ponderación de los mismos y cuidadoso procedimiento de ejecución, que hacen este modelo un digno y obligado exponente en la materia.

Dinamarca, a través de la profunda reforma constitucional de 1953 ha enriquecido la redacción de su texto fundamental (15) que garantiza el secreto a las telecomunicaciones, estableciendo la reserva judicial para su excepción. La legislación danesa es un modelo completísimo de previsiones tipificadas en la determinación de los presupuestos, requisitos y procedimientos de adopción y ejecución de las medidas de intercepción de las telecomunicaciones.

El cuerpo normativo se contiene en el Título 71 de la Ley sobre la Administración de Justicia, de 20 de febrero de 1992 (Secciones 780-791). El texto —como se dice— es de gran avance en cuanto a la determinación de los tipos delictivos que pueden motivar la orden de un Tribunal de la Ciudad (Primera Instancia) a intervenir las comunicaciones, a los procedimientos policiales de ejecución, duración, límites y garantías del sometido a la medida excepcional. Entre éstas, cabe destacar,

cations et de télécommunications privées» (arts. 90ter-90decies) y la adición de un nuevo párrafo al final del art. 88 bis.

(14) En el momento de ultimar la revisión de este trabajo se anuncia por la prensa belga la preparación por el Gobierno de este país un documento que servirá de base para un anteproyecto que legalice las intercepciones de seguridad, de carácter político en defensa de la Seguridad del Estado. Estas intercepciones cubrirán legalmente las necesidades de información demandadas por el Servicio General de Información (SGR) de carácter militar, aunque podría beneficiarse también la *Sûreté* y la *Gendarmerie*. *Le Soir* (Bruxelles), *La légalisation des écoutes de sécurité est en route*, 26.11.95, por ALAIN GUILLAUME.

(15) El art. 72 (antiguo 79) del texto actual, de 5 de junio de 1953 de la Constitución del Reino de Dinamarca, dice así: «... No podrán efectuarse visitas domiciliarias, ocupaciones ni control alguno de cartas u otros papeles, ni violaciones del secreto de correspondencia postal, telegráfica o telefónica, mientras ninguna ley justifique una excepción determinada, sino en virtud de resolución judicial». La reforma de 1953 ha supuesto para este artículo la precisión concreta sobre la correspondencia telegráfica y telefónica. Traducido por el Letrado de las Cortes Generales D. Mariano Daranas Peláez.

para hacer efectivo el derecho de defensa sin perjudicar la efectividad de la información que puede ser útil a la investigación, el nombramiento de un asesor legal, abogado «en la sombra» nombrado por el Tribunal a quien se notificarán todas las actuaciones relacionadas con la intervención.

La materia ha sido abordada recientemente en **Grecia**. De esta forma, la ley que deroga cualquier disposición previa general o especial en este campo, es la n.º 2225/94 aprobada por el Parlamento Nacional bajo el título de «Ley sobre protección de la libertad de correspondencia y comunicación, y otras disposiciones», con fecha 20 de julio de 1994. Comienza la Ley por la creación de una Comisión Nacional como órgano de control, de corte parlamentario, para establecer a continuación dos regímenes que justifican el levantamiento del secreto de las comunicaciones garantizado en la Constitución (16). Estos dos regímenes, cuya previsión tiene raíz en el texto de la propia Ley Fundamental, se articulan: por razones de seguridad nacional (art. 3), y para la investigación de crímenes (art. 4). Gozan, por tanto, de tratamiento diferenciado en cuanto a presupuestos, autoridad ordenante de la medida, y límites de ejecución. Tiene asimismo esta ley la previsión de sancionar penalmente la falta de colaboración o de apoyo técnico a la práctica de la medida (art. 5.11).

Un marco legal bien preciso sobre los presupuestos, límites objetivos y subjetivos, procedimentales y de garantías está previsto en los arts. 88-1 al 88-4 del Código de Instrucción Criminal de **Luxemburgo**, que junto con la ley de 11 de agosto de 1982, sobre la protección de la vida privada, comprenden la vigilancia del secreto de las comunicaciones, típicamente procesal. Su texto constitucional garantiza asimismo el secreto de la correspondencia (17) en la que, según hemos visto, se incluye la emitida por vía de las telecomunicaciones.

(16) La Constitución de la República griega, de 9 de junio de 1975, garantiza el secreto de las comunicaciones en su artículo 19: «Será absolutamente inviolable el secreto de las cartas, así como el de cualquier otro medio de libre correspondencia o comunicación. La ley fijará las garantías bajo las cuales no estará obligada la autoridad judicial a respetar el secreto por razones de seguridad nacional o para las necesidades de la instrucción sobre los delitos de especial gravedad». Traducción del Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(17) El artículo 28 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo (texto refundido editado en francés en 1868 por el Servicio Central de Legislación del Ministerio de Estado), en su última revisión de 25 de octubre de 1956, dice escuetamente: «El secreto de la correspondencia es inviolable...». Traducción del Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

El art. 12 de la Constitución de la **República de Finlandia** de 1919 garantiza la inviolabilidad del secreto de las telecomunicaciones con reserva legal para las excepciones que sean previstas (18). Ninguna excepción legal se había producido hasta que por vía de la Ley n.º 676, de 3 de agosto de 1992, se modificó la Ley de Explotación de Telecomunicaciones (n. 183, de 20 de febrero de 1987), para establecer en su capítulo 29: «Secreto», la autorización de su levantamiento para conseguir información en la investigación de ciertos delitos.

El régimen de la medida hay que encontrarlo, además de este capítulo, en otras leyes procesales: sobre Métodos de Investigación Criminal (Cap. 1, Secs. 6, 9, 16 y 18), Publicidad de los Procedimientos Judiciales (Secs. 5-9) y sobre Métodos Coercitivos de Investigación Criminal (Cap. 4, Sec. 8).

La Constitución de la **República de Portugal** de 1976, además de una declaración general de secreto de la comunicación privada, prohíbe expresamente las injerencias ilegales (19). El Código de Procedimiento Penal de Portugal de 1987, bajo la rúbrica *Das escutas telefónicas* previene en los artículos 187-190 los presupuestos típicos admisibles para posibilitar una interceptación, las prohibiciones, formalidad de las operaciones, causas de nulidad y extensión o ámbito material objetivo para ampliar los requisitos legales a «cualquier otro medio técnico diferente al teléfono» que pudiera utilizarse. El régimen jurídico se completa con la habilitación legal *expresa* al Juez de Instrucción para ordenar la medida (art. 269.1.c).

El secreto de las conversaciones privadas está garantizado por la Ley Fundamental de **Austria** (20) y el régimen jurídico de las intercep-

(18) La Ley Constitucional de Finlandia promulgada en Helsinki, el 17 de julio de 1919 (texto en inglés editado por el Ministerio finés de Asuntos Exteriores en 1967) dispone en su artículo 12: «Será inviolable el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo las excepciones establecidas por la ley». Traducción por el Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(19) El texto revisado por Ley Constitucional 1/1989, de 8 de julio de 1989, por el que se aprueba la segunda revisión de la Constitución portuguesa, de 2 de abril de 1976, en su artículo 34, dice así: «Serán inviolables el domicilio y el secreto (*o sigilo*) de la correspondencia y demás medios de comunicación privada». 4. «Se prohíbe toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo en los casos previstos en la ley en materia de enjuiciamiento». Ver *Boletín Legislación Extranjera de las Cortes Geneales* 1989, n.º 96/97.

(20) La Constitución Federal austríaca (Ley Constitucional de 1 de mayo de 1945), declara una serie de leyes vigentes entre las que se encuentra la Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867 sobre los derechos generales de los ciudadanos. Su artículo 10 dice así: «El secreto de la correspondencia es inviolable...». Por Ley

taciones legales previsto en su Código de Instrucción Criminal (§149 a y b) al que nos referiremos, teniendo presente su última redacción de 1993.

La Constitución de la **República de Irlanda** (21) no previene entre los derechos reconocidos a los ciudadanos el referido al secreto de las comunicaciones privadas. La regulación de su levantamiento es objeto de una ley especial de carácter administrativo: *Interception of postal packets and telecommunications messages (regulation) Act* (n. 10, 6 de junio de 1993).

A pesar de prever presupuestos concernientes a la investigación criminal y a la seguridad del Estado, no puede decirse que configure dos regímenes diferentes. El control de la autorización de la medida está siempre en manos del Gobierno, en concreto del Ministro de Justicia. Se deduce de la Ley que las grabaciones así efectuadas, no tienen la finalidad de ser fuente de prueba, ni pueden ser utilizadas por un Juzgado o Tribunal salvo en determinados procedimientos por delitos contra leyes de Telecomunicación (Sec. 10). El mecanismo de revisión de la legalidad del procedimiento de adopción y de su fundamentación es asaz prolijo y se despliega a dos niveles: el más inmediato del Árbitro de Quejas (*Complaints Referee*) y el del Juez designado del Alto Tribunal (*Hogh Court*). En ambos casos la esfera de control no escapa al Gobierno.

En el **Reino de Holanda** se garantiza bajo amparo de su Ley Fundamental (22) el secreto de las comunicaciones privadas, manteniéndose la reserva jurisdiccional para la autorización de la medida de inter-

Constitucional Federal de 5 de diciembre de 1973 se añadió el artículo 10 a: «Es inviolable el secreto de la comunicación telegráfica y telefónica (*das Fernmeldeseheimnis*).

«Solo se admitirán excepciones a lo dispuesto en el párrafo anterior en virtud de auto judicial (*auf Grund eines richterlichen Befehles*) dictado de conformidad a las leyes vigentes». Traducción por el Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(21) Consultada la Constitución de Irlanda aprobada en fecha 1 de julio de 1937, según el texto que contiene las enmiendas constitucionales de 1939, 1941, 1972 y por las dos leyes de 1973, no aparece consignado el secreto de las comunicaciones entre los derechos fundamentales (*Fundamental rights*), arts. 40-45 de dicho texto. Traducción del Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

(22) La Constitución del Reino de los Países Bajos (texto revisado de 19 de enero de 1983) garantiza en su artículo 13 el secreto de la correspondencia diferenciándolo del específico de la comunicación. Así: 1. «Será inviolable el secreto de la correspondencia (*her briefgeheim*), salvo en los casos que especifique la ley y mediante auto judicial». 2. «Será inviolable el secreto de la comunicación telefónica y telegráfica, salvo en los casos que especifique la ley por o con la autorización de quien la propia ley designe como habilitado para ello». Cortes Generales. *Boletín de Legislación Extranjera* 1983, n.º 25. El segundo apartado es nuevo y no constaba en la redacción antigua.

ceptación e incluso la iniciativa del Fiscal en determinados casos. Su reciente actualización se ha operado merced a la Ley de 1 de marzo de 1993, que ha modificado la protección penal del derecho y el Código de Procedimiento Criminal (arts. 125 f-n) y 552). Se presta especial atención a la comunicación por sistemas automatizados, con medidas especiales en favor del Juez para tener acceso a dicha información.

En el caso del **Reino de Suecia**, su Constitución (23) es igualmente respetuosa del derecho que se estudia y protege a sus ciudadanos contra toda injerencia de la autoridad pública o de particulares en sus comunicaciones. La reducción legal de las interceptaciones se contienen en el Código de Procedimiento Judicial (*Rättegångsbalken*), Capítulo 27, arts. 18-25 (ley 602/1993). La nota más destacada de este régimen es que parte, como el belga, de una regulación distinta según se trate de la modalidad de «intervención» o escucha (que supone grabación), o de la «vigilancia», que tan sólo comprende la recogida de datos. La atención específica a la mención constante de las comunicaciones a través de medios telemáticos, es otra de sus características novedosas. Por lo demás, reviste el esquema típico de previsiones procesales, con ausencia de procedimiento específico de ejecución, notificación al interesado y recursos, que seguirán las disposiciones de carácter general.

En 1993 se produjeron 345 casos de intervenciones telefónicas en Suecia de las cuales 261 estaban relacionadas con delitos de narcotráfico y 84 con otros delitos: asesinato, incendio, robo, sabotaje y falsificación.

Como hemos podido comprobar, a lo largo de este epígrafe, el esfuerzo gubernamental y parlamentario en la totalidad de los países de la Unión, ha sido muy importante en los últimos años, para conseguir una normativa actual adecuada a la novedad del fenómeno de las telecomunicaciones y su incidencia en las agresiones a los ordenamientos jurídico-penales.

(23) La Constitución sueca de 28 de febrero de 1974 (en vigor desde 1.º de enero de 1975) ha sufrido recientemente una importante modificación que afecta a las libertades y derechos fundamentales (*Grundläggande frioch rättigheter*), Cap. 2.º de la misma, por la aprobación de la Ley 1483/1994, de 24 de noviembre de 1994 por la que se reforma el Instrumento de Gobierno. El artículo 6.º de dicho texto protege otros derechos, además del que nos interesa bajo la fórmula: «Todo ciudadano estará protegido frente a la autoridad contra..., así como de la inspección de su correspondencia (*undersökning av brev*) o de otras comunicaciones privadas (*eller annan förtrolig försändelse*) y de escuchas secretas (*hemlig avlyssning*) o grabación de sus conversaciones telefónicas u otras comunicaciones privadas. Traducido por el Letrado de las Cortes D. Mariano Daranas Peláez.

Once de los quince países han renovado sus instrumentos legales en los últimos cinco años. Como veremos a continuación, España no se encuentra entre ellos.

Alguna de las legislaciones en la materia que examinaremos con más detalle constituyen sistemas muy completos, aunque dispares, pues responden, evidentemente, a necesidades nacionales. En este sentido, gozan de especial consideración los propios de Alemania, Italia, Francia, Bélgica, Grecia, Reino Unido e Irlanda. Otra cosa será que un régimen en particular logre conciliar los intereses de la defensa del Estado dirigidos desde el Poder Público y las de cada uno de sus conciudadanos. No olvidemos que toda lucha contra el crimen en un Estado de Derecho tiene sus reglas.

B. EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

1. Régimen jurídico nacional: ¿concentrado o frustrado?

En España en fin, como es sabido, el secreto de las comunicaciones está garantizado en nuestra Constitución de 1978, en su art. 18.3, especificando en su inciso final: «... y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

El contenido esencial del derecho que se garantiza no parece peligrar por el descubrimiento y utilización de nuevos medios de transmisión, que hoy culminan en la informática aplicada al establecimiento de una *comunicación*. Si se entiende por tal, con Jiménez Campo (24), al interpretar la norma constitucional, que la cita de los tres tipos de comunicaciones es ejemplificativa, considerándose bajo tutela las comunicaciones como *numerus apertus*, p. ej.: a través de medios técnicos no precisamente telefónicos, fax, ordenador, correo electrónico, modem, etc.

A pesar de la previsión constitucional de 1978, no es sino hasta 1984 que por medio de la L.O. 7/84, de 15 de octubre, sobre tipificación pe-

(24) Ver JIMÉNEZ CAMPO, Javier: «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones». *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 10. De la misma opinión MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid, 1995, pág. 45. El Magistrado MAZA MARTÍN, J. N., se plantea y resuelve la intervención de las comunicaciones a través de las redes informáticas de forma similar a las telefónicas tradicionales: «Algunos apuntes a propósito de las autorizaciones judiciales para la intervención de comunicaciones a través de redes informáticas». *Rev. La Ley*, 18 de enero de 1996, pág. 16.

nal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas, que se introduce en el Código Penal (25) la oportuna protección del secreto, con la inserción de los artículos 192 bis (que penaliza al funcionario) y 497 bis (que sanciona al particular). Modificados éstos recientemente por ley orgánica 18/94, de 23 de diciembre de 1994.

Ciñéndonos, como se ha advertido, a la regulación procesal que posibilita la interceptación, aquí el retraso es mayor. El procedimiento en España ha sido tortuoso, anómalo y los resultados decepcionantes. Tanto la doctrina de forma unánime (26) como la propia jurisprudencia

(25) Según refiere GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, el Código Penal de Noruega abrió camino en 1958; la República Federal Alemana, con el *Entwurf* 1962 primero y la Ley de 22 de diciembre de 1968, que incluyó estas conductas en el § 298 StGB, después, finalmente, se convirtió en el actual § 201 StGB. En Suiza, una Ley Federal de 20 de diciembre de 1968 modificó el Código Penal en su artículo 179. En Francia, la Ley núm. 70-643, de 17 de julio de 1970, modificó los artículos 368 y siguientes del Código Penal para incluir los «atentados a la vida privada» y, en Italia, una Ley de 8 de abril de 1974 incorporó a su texto punitivo los artículos 615 bis y siguientes para tipificar estas conductas. «Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas». *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 53.

(26) VELASCO NÚÑEZ, Eloy, tacha el precepto (579 LECrim) de «escaso y desordenado». «Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación del tema». *Actualidad Penal* n. 18/ 3-9 mayo 1993. obr. cit., pág. 275. RODRÍGUEZ RAMOS indica que la regulación actual es *defectuosa, ambigua, parca y contradictoria* rematando los calificativos con el de *excrecencia legislativa*, llegando incluso a afirmar que son nulas todas las escuchas practicadas en España tras la C.E. «Intervenciones telefónicas en la Prueba del proceso Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J.* Madrid, 1992, pág. 454. FERNÁNDEZ ENTRALGO encuentra la insuficiencia del art. 579 LECrim en la no fijación del alcance, límite y procedimiento para ejecutar las intervenciones telefónicas: «Prueba ilegítimamente obtenida», *La Ley* 1990-1, pág. 1198. VÁZQUEZ HONRUBIA, J. M., señala que el nuevo art. 579 (L.O. 4/88) trató de colmar el vacío legal existente para «evitar los peligros que supone una dejación de este derecho fundamental al excesivo arbitrio judicial, finalidad sólo muy parcialmente conseguida»: «Las escuchas telefónicas», *Revista de la Asociación de Jueces Magistrados «Francisco de Vitoria»*, n. 1, junio 1991, pág. 59. ASENCIO MELLADO, J. M., habla de la *parquedad e imperfección* de la redacción legal lo cual lo hace devenir contradictorio y generar importantes dudas: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pág. 105. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, afirma que con el art. 579 LECrim «no ha quedado zanjada la discusión sobre la colisión de las limitaciones del art. 18.3 C.E. con el principio de legalidad, dada la absoluta indeterminación de la norma, los graves problemas de interpretación que provoca y su incongruencia en otros preceptos de la LECrim»: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid, 1990, pág. 93. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, califica el precepto de «apartados lacónicos y a todas luces insuficientes» y que «las carencias en la regulación de la materia son de tal importancia que equivale a una ausencia normativa», considerando que su «... indeterminación y amplitud ... son espacios de verdadera ilicitud y proscritos de un estado democrático»: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid, 1989,

cia (27) han vertido sus críticas demolidoras sobre la situación actual de la normativa nacional.

Además, resulta tardía, porque efectivamente no es sino la L.O. 9/84, de 26 de diciembre, contra la actuación de las bandas armadas y elementos terroristas, de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que en su artículo 17 se establece la suspensión individual del derecho, entre otros, del secreto de las comunicaciones, pero en el ámbito de la delincuencia terrorista. No es ésta evidentemente una normativa propia, genuina, auténtica de la materia. Se dice que el procedimiento es tortuoso y anómalo porque de estas medidas excepcionales germinó una pretendida normativa híbrida al aprobarse la L.O. 4/88, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en definitiva vino a instaurar el tan deseado régimen, concentrado (?) en un solo artículo: el 579 (28). El cual fue ampliado en tres apartados (2, 3 y 4) para tratar de

págs. 182 y 183. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, dice al respecto: «no es sólo que el contenido del art. 579.2 y 3 LECrim sea *insuficiente*, sino que *es oscuro, contradictorio* y, en fin, *lamentable*, teniendo en cuenta la materia sobre la que incide»: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, obr. cit. Madrid, 1991, pág. 41. MARTÍN MORALES, Ricardo, se suma a la crítica del artículo 579 LECrim, como normativa, por el *déficit garantista que provoca*, obr. cit., pág. 103. GIMENO SENDRA, Vicente, acusa que la regulación de este acto instructorio resulta ser *muy insuficiente* por el considerable número de lagunas que contiene: «Las intervenciones telefónicas en la Jurisprudencia del TC y TS». *Estudios de Jurisprudencia*, sep/oct. 94, págs. 7-8.

(27) El propio Tribunal Supremo, en el ya célebre Auto de 18 de junio de 1992 (*Caso Naseiro*), se expresaba en los siguientes términos: «Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal... hay que manifestar que, dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especial construcción por vía jurisprudencial...» (FD. Segundo, pfo. oct.).

(28) El art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, texto en vigor, dice así: ...

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 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 postales, telegráficas o 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

la interceptación legal de las comunicaciones telefónicas de las cuales el último reproducía el mencionado art. 17.2. Se incurrió, de esta forma, en importantes omisiones y su escasa regulación adolecía y adolece de contradicciones o cuando menos de oscuridad interpretativa, con grave inadecuación práctica al sistema procesal vigente. Hasta entonces, es decir, hasta 1988 y aún hoy, la doctrina y la jurisprudencia se han visto y se ven obligados a regular la laguna existente en el ordenamiento, por vía analógica integradora respecto de otras instituciones semejantes: la intervención de la correspondencia postal, telegráfica o la entrada en domicilio, e incluso al amparo de la eficacia normativa directa que el precepto constitucional (art. 18.3) despliega por sí mismo.

Se dice que el resultado es decepcionante porque, siendo éste el derecho positivo en vigor de la materia, el legislador no ha prestado la más mínima atención, que es debida a las sentencias del T.E.D.H., *Caso Klass y otros* (1978) y *Caso Malone* (1984), a la sazón ya pronunciadas, y decisivas para interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España en 1979, el cual, según el artículo 96 de la Constitución, forma parte del ordenamiento interno y, de acuerdo con el artículo 10 de la misma norma, tal Convenio se reconoce como pauta interpretativa de los derechos fundamentales como el presente.

2. Los puntos candentes

Sin perjuicio de un estudio comparativo pormenorizado de la regulación nacional, espaciado según el esquema del trabajo, se trata de resumir ahora, los aspectos más controvertidos del panorama nacional considerados de nuestro interés.

a) *Confusión de términos en los límites objetivos*

Al estudiar éstos en las reglas del art. 579 LECrim, se crea gran confusión al distinguir entre *intervención* y *observación* de las comunicaciones, sin precisar nada al respecto. Se pretende interpretar por parte de una minoría de autores que con el primer término el legislador quiso referirse a la aprehensión o apoderamiento del contenido de la conversación, poder llegar a conocerla, y la «observación» ha de reducirse, a

poder tener conocimiento del destino de la comunicación, de la identidad del receptor de la comunicación, al menos del titular del aparato, pero no se permite el conocimiento del contenido que debe permanecer secreto, según López Barja de Quiroga (29). Quedaría así esta última modalidad identificada con lo que otros autores llaman «recuento», «tarifador» (*comptage, metering o pen register*) (30).

La polémica está superada —éste no es el lugar de detenerse en los argumentos— y no hay reserva alguna en admitir la equivalencia de ambos términos en el sentido de la captación de cualquier forma, del proceso de la comunicación, con conocimiento o no del mismo (31). Lo

forma movida revocará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

(29) Ver López Barja de Quiroga, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid, 1989, pág. 194. De la misma opinión COBO DEL ROSAL, Manuel: «Un supuesto de intervenciones telefónicas como prueba ilícitamente obtenida». *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*. Madrid, 1993, pág. 268. Se suma a estas diferencias DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal». *Poder Judicial* n.º 3, año 1986, pág. 16.

(30) La sentencia del T.E.D.H. sobre el *Caso Malone* (2 de agosto de 1984) en su apartado G, punto 56, trata el «recuento» (con nota del traductor Tejera Victory señalando las equivalencias en francés o inglés). Se llama «recuento» —dice la sentencia— «al uso de un instrumento —un contador combinado con un aparato impresor— que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y duración de cada llamada». Se determina a continuación que tal método de registro de las telecomunicaciones privadas sin el conocimiento del abonado se opone también al derecho confirmado por el artículo 8 (Fundamento de Derecho B, punto 84). «Tarifador» lo llama VELASCO NÚÑEZ, Eloy: obr. cit., págs. 257 y 258.

(31) Ver GONZÁLEZ GUTIÁN, Luis: «Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos». *Comentarios a la Legislación Penal*. Tomo VII. Madrid, 1986, pág. 107, en su nota 50 al final, identifica el *comptage* con el término de «interceptación telefónica» a los efectos de conducta típica de los artículos 192 bis y 497 bis del C. Penal español.

Ver LÓPEZ-FRAGOSO, obr. cit., págs. 46-48, que llega a una conclusión de identidad entre ambos términos a la hora de interpretar el art. 579.2 y 3 LECrim. VELASCO NÚÑEZ, E., obr. cit., págs. 256 y 257, con idénticos o parecidos argumentos. En esta corriente mayoritaria, RODRÍGUEZ RAMOS, L., obr. cit., pág. 454. ASECIO MELLADO, J. M., obr. cit., pág. 108. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., obr. cit., pág. 94. GARCÍA VALTUEÑA, Eduardo: «El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal». *Cuadernos de Derecho Judicial del C.G.P.J.* XXIX, Madrid, 1993, pág. 342, que coincide en atribuir a ambos apartados (579.2 y 3 LECrim) del mismo artículo un mismo sentido, coincidente con «interceptar».

Pero es que desde el punto de vista de la práctica judicial se fomenta la indiferenciación de ambos (intervención/observación), pues con extraordinaria frecuencia un juzgado menciona en el auto la medida «observación» procediéndose por la C.N.T.E. a facilitar la línea para la escucha y grabación de las conversaciones por los agentes de

cual nos pone en relación con el término *interceptar*, según la significación dada por el Tribunal Constitucional (S. 114/84, de 28 de noviembre, F.J. 8.º) y se corresponde con las acciones típicas usadas en la redacción de los artículos 192 bis y 497 bis C.P. sobre escuchas clandestinas realizadas por funcionarios o por particulares respectivamente.

El vocablo *interceptación* es preferido en el foro internacional, no en su acepción más estricta de «impedir» o «cortar» el curso de una cosa; sino de *intrusión* en el mismo, tal como lo describe de forma exhaustiva González Guitián (32).

b) *Falsa distinción de sujetos pasivos y ausencia de presupuestos*

Tampoco están especialmente claras las reglas del art. 579 LECrim en cuanto a los sujetos pasivos de la medida. Se nos habla del «procesado» (art. 579.2) y «de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal» (579.3). La polémica sobre la interpretación del precepto en este punto también está despejada, entendiéndose que procede acordar la medida de interceptación sobre el imputado judicial en un procedimiento penal (Diligencias previas, Procedimiento abreviado o Sumario) bajo sospecha fundada y concreta (33). La práctica forense, además, ha impuesto esta interpretación.

policía judicial solicitantes; es decir, precediéndose a la «intervención», por lo que es preferible emplear el concepto «interceptación», sin establecer diferencias en la legislación vigente en España. Sobre pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido, se verán más adelante.

(32) Ver este autor, *Escuchas clandestinas...*, obr. cit., págs. 99-105. Incluso la Ley irlandesa (10/93), en el acotumbrado glosario de términos usados en la misma, dice: «en esta sección "interceptar" significa escuchar o grabar, por cualquier medio y durante la transmisión, un mensaje de telecomunicación» [Sec. 13(6)].

(33) Esta distinción de dos posibles sujetos pasivos en situación procesal de mayor o menor gravedad según la corriente doctrinal minoritaria serviría para aplicar: «intervención» al *procesado*; y «observación» al *imputado*. Pero dado que las reformas procesales de 1967 y 1988 han restringido el auto de procesamiento únicamente al procedimiento sumario por delitos graves o muy graves sólo cabría la «observación» para delitos menos graves. Esta interpretación guardaría proporcionalidad (aceptando la distinción intervención/observación), acordándose la más restrictiva para el derecho fundamental cuando se trate de la persecución de delitos más graves y mayor juicio de culpabilidad en el sujeto (procesado). Pero refiriéndonos a los partidarios, citados como mayoritarios (v. n. 31), en mayor o menor medida no se explican dos tipos de sujetos pasivos (*procesado e imputado*) cuando precisamente el art. 579.4. LECrim previsto

La única referencia subjetiva sobre el tipo de comunicación que puede ser interceptada es «de las que se sirvan (las personas) para la realización de sus fines delictivos» (579.3). Lo cual nos permite pensar en el control de aparatos o titulares en calidad de tercero, intermediario, etc. Y al mismo tiempo, tal indefinición, en relación con la ausencia de un catálogo de delitos que motiven la escucha, nos lleva a situaciones de perplejidad investigativa cuando se tiene acceso a indicios de nuevos delitos cuya escucha no ha sido autorizada judicialmente o «descubrimientos casuales» (34).

para delitos más graves (colaboración con banda armada) prevé sólo la «observación» (referido al n.º 3) de quien se exige «los indicios de responsabilidad criminal». Por otro lado, los mismos autores hacen hincapié en que de mantenerse la relación «intervención» sólo al procesado, esto implicaría que ésta tan sólo sería posible al final del procedimiento, pues el auto de procesamiento se dicta cuando la instrucción está prácticamente finalizada y precisamente justo antes de acordarse la conclusión del sumario. Con ello la «intervención» telefónica, así entendida, perdería toda utilidad. Esta argumentación, por reducción al absurdo, alimenta la tesis mayoritaria de que la condición del sujeto pasivo objeto de la interceptación debe requerir sólo una imputación judicial en un procedimiento penal cualquiera.

(34) Los descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos, que LÓPEZ-FRAGOSO, siguiendo a la doctrina alemana clasifica en cinco subespecies (ver obr. cit., pág. 68) se refieren, en general, a conocimientos adquiridos a través de una interceptación telefónica, que bien por razón del sujeto o bien por razón de los hechos, no se corresponden con los datos para los que dicha interceptación ha sido autorizada. Surge inmediatamente para los ejecutores de la medida (generalmente, agentes de policía) interrogantes sobre la legitimidad de la calificación intervenida, valoración jurídica de la misma, y forma de proceder en consecuencia.

El legislador alemán, en el § 100.b.(5) StPO, dice: «Las informaciones personales obtenidas por medio de la aplicación de estas medidas (interceptaciones) únicamente podrán ser utilizadas como medios de prueba en otros procedimientos penales, en la medida en que los resultados obtenidos de su análisis sean necesarios para esclarecer algunos de los delitos que figuran en el § 100a».

Habida cuenta de la amplitud del derecho alemán sobre las personas que pueden ser objeto de la medida, bastaría con que existiera la conexión objetiva, es decir, que los hechos descubiertos pudieran ser constitutivos de uno de los delitos citados en el § 100 a.StPO para que dichas escuchas casuales u ocasionales gozaran de efectos probatorios en el derecho alemán.

También el legislador italiano prevé la utilización de las intervenciones en su artículo 270.1 C.P.P.: «Los resultados de las intervenciones no podrán ser utilizados en procedimientos distintos a aquéllos para los que se han dispuesto, salvo que resulten indispensables para la investigación de delitos para los cuales sea obligatorio el arresto «flagrante»».

La legislación danesa es muy estricta a este respecto, pues prohíbe, sin paliativos, el uso de la información adquirida por medio de una intervención ante un Tribunal con referencia a un delito distinto al que ha servido como base de la autorización [Sec. 789(2), Cap. 71 Ley de la Admón. de Justicia]. En términos parecidos se expresa la Ley griega que, bajo sanción de nulidad, castiga el empleo de la información obtenida

c) *De otras omisiones varias*

Asimismo son notables las ausencias de requisitos en tiempo y forma o procedimiento de ejecución de la medida de interceptación legalmente acordada. Así pues, de los tres apartados que contienen reglas de este precepto (art. 579. LECrim) sólo en una (3.º pfo.), se menciona una duración de tres meses «prorrogables por iguales períodos» ¿Qué ocurre en los otros dos casos? Habrá que suponer idéntico período, que al tratarse de injerencias en derechos fundamentales siempre será considerado como plazo máximo, pudiéndose decretar la suspensión de la medida en función de los resultados obtenidos.

Pero donde la ley hace notar su mutismo es en el procedimiento que debiera preverse para la ejecución de la interceptación (35). ¿Quién o quiénes la llevarán a cabo?, ¿con qué límites o condiciones?, preservación de la autenticidad de las grabaciones, control judicial de las mismas

«como prueba directa o indirecta en otro juicio penal civil, administrativo, disciplinario o procedimiento administrativo» con objetivo distinto al autorizado (art. 5.10, Ley 2225/94).

Al no disponerse en el derecho positivo español referencia alguna sobre los tipos delictivos que actúen de presupuestos de la medida, es forzoso una interpretación restrictiva, dado el caso, y el control judicial inmediato. Así se prescribe por el T.S. en su auto de 18 Jun. 1992 (FD. 6.º): «Basta que en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de la investigación, a través de las interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente».

(35) Cabe destacar en la fase ejecutoria de la interceptación que el proceso se va a complicar en el futuro, derivado de múltiples factores en relación con los avances tecnológicos de la telefonía móvil. Pero la auténtica «piedra de toque» del sistema va a resultar la falta de previsión legal o al menos de la normativa reglamentaria de ordenación de las telecomunicaciones que obligue a las empresas explotadoras de las redes de telefonía móvil a hacer factible la interceptación de dichas líneas. No estamos hablando de empresas públicas, con carácter pseudofuncionario, cuyo entendimiento y costes tiene que ver con el erario público, sino de empresas privadas cuya explotación ha sido concedida por licencia administrativa y que, en principio, necesitarán equipos de implementación de alto coste para posibilitar la interceptación requerida por la Autoridad competente. Aquí los requisitos técnicos y su cuantificación económica dificultarán, ante la falta de reglamentación, sin duda, el cumplimiento de un simple mandato judicial de interceptación de una línea usada por un abonado que ha suscito sus servicios con una empresa privada.

En su momento citaremos la situación en España, pero se puede adelantar que Alemania acaba de solucionar definitivamente el problema creado en este sentido, a instancias del Ministro Federal de Interior, Manfred Kandher, con la aprobación del correspondiente Decreto de fecha 18 de mayo de 1995.

y de sus transcripciones, notificación al interesado para salvaguardar el derecho de defensa (una vez levantada la medida), destrucción de las grabaciones, etc. Aquí, la jurisprudencia no ha tenido más remedio que valerse, una vez más, de la analogía integradora de otras medidas coercitivas, como se ha dicho (36). De todas formas, y en general, esta jurisprudencia, que forma ya un cuerpo doctrinal considerable (37) y que ha culminado con la resolución más autorizada del Tribunal Supremo A/18-6-92 (*Caso Naseiro*), se ha preocupado más de las garantías afectas al derecho de defensa y a la valoración de la prueba en el juicio oral, que a la constitución de un régimen jurídico salvando todas las dudas, carencias y contradicciones del precepto del art. 579 LECrim.

3. Conclusión anticipada

El total de las deficiencias observadas nos hace concluir en este breve comentario de la legislación nacional que, teniendo presentes las cuatro sentencias citadas del Tribunal de Estrasburgo [*Caso Klass y otros* (1978); *Caso Malone* (1984); *Casos Huvig y Kruslin* (1990)], no albergamos duda de que nuestra regulación no cumple las garantías mínimas de protección exigidas en el art. 8.2 del Convenio (38) y que el ciudadano español es objeto de una inseguridad jurídica evidente, puesto que con una ley insuficiente todo queda al arbitrio judicial, y depende, como

(36) No debe olvidarse que precisamente este método interpretativo para paliar un vacío legal ha sido realizado ya por el T.E.D.H. en el examen de la legislación francesa vigente en los *Casos Huvig y Kruslin*, manifestado que: «... el gobierno parece ser que las deduce bien de normas o principios generales, bien de la interpretación por analogía de disposiciones legales o de resoluciones judiciales sobre medidas de investigación distintas de las escuchas, en especial de los registros y de los embargos. Una ampliación así, aunque loable, no proporciona en esta materia la suficiente seguridad jurídica» (S/T.E.D.H. de 24 de abril 1990, pfo. 34).

(37) La expresión numérica da una idea de la intensidad con que se han resuelto por el Tribunal Supremo recursos cuyos motivos de impugnación se basan en las intervenciones telefónicas. Así, en el año 93, un mínimo de 32 casos; y de 20, en el 94. Al final del trabajo se ofrece relación jurisprudencial consultada.

(38) El art. 8.2 del C.E.D.H. al limitar las injerencias que la autoridad pública puede ejercer sobre el derecho de las personas al secreto de su correspondencia (comunicaciones) exige que esta injerencia esté «prevista por la ley». Esta previsión no consiste en su mera existencia formal, sino en la «calidad de la ley» que exige un «contenido mínimo». La doctrina unánimemente reconoce que al art. 579 LECrim le falta tipicidad objetiva, subjetiva y teleológica, y la ausencia absoluta de procedimiento para adoptar y ejecutar las citadas medidas.

sinceramente expone Hurtado Adrián, «de criterios dispares no ya a nivel de diferentes Salas o Secciones de Audiencia, sino incluso de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo» (39). Y, por parte de la defensa, la ausencia normativa propicia la generalización de abusos en la impugnación de las medidas con la única finalidad obstruccionista del proceso inculpatario.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERCEPTACIÓN LEGAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

A. EN GENERAL

1. Derecho comparado

Como ya hemos visto, todos los países de la U.E. tienen garantizado el secreto en las comunicaciones privadas en su Constitución o Ley Fundamental o en una ley ordinaria, o en ambas (40) en consonancia con el art. 8.1 (41) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950.

De igual forma, todos los países de la U.E. disponen de la legislación oportuna que regule la excepción legal que permita el levantamiento del secreto y la autorización de la interceptación de las telecomunicaciones en determinados casos, y sometida a condiciones de diversa índole, que constituyen las garantías del ciudadano (42). Estas normas

(39) Ver HURTADO ADRIÁN, Ángel L.: «El teléfono como medio de investigación en el proceso penal», *Actualidad Penal* n.º 9, 28 de febrero-6 de marzo 1994, pág. 176.

(40) En un epígrafe anterior se ha tratado de la protección legal que cada país dispensa al secreto de las comunicaciones (ver III.A).

(41) El art. 8.1 del Convenio dice así: «Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

En el concepto «correspondencia» la propia jurisprudencia del T.E.D.H. (*Caso Klass y otros* y *Caso Malone*) encuentra comprendidas las comunicaciones privadas.

(42) El art. 8.2 del Convenio prescribe una serie de requisitos a cumplir por la injerencia en el derecho al secreto de las telecomunicaciones: 1) que esta injerencia esté prevista en la Ley interna del país. 2) que tales injerencias sean necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA incluye como otros requisitos en virtud del artículo 13 del Convenio: que

legales residen principalmente en los Códigos de Procedimiento Penal como en Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Luxemburgo, Holanda, España y Portugal, o bien en leyes especiales como Bélgica, Francia, Reino Unido, Irlanda y Grecia, aunque en ocasiones la propia ley especial supone, en realidad, una modificación del procedimiento criminal (Italia, Bélgica y Francia) y, por fin, según la naturaleza delictiva de los supuestos, en leyes procesales especiales (Alemania e Italia).

No parece constatarse ningún problema legal que dependa exclusivamente del tipo de medio de transmisión (hilo, radio, satélite, fax, software, modem, etc.) que pueda incidir sobre la autorización de la medida de interceptación, según se transmita comunicación oral, de texto, datos o imágenes. Aunque todo depende del carácter y contenido del derecho protegido por el secreto y de lo que en derecho interno se entienda por *comunicación* para hacerla extensiva a la efectuada por vía de ordenador (43).

exista un recurso interno efectivo en la legislación del país mediante el cual se puede recurrir la medida adoptada, y que tal recurso ha de ser un Tribunal independiente, imparcial y mediante proceso público no necesariamente de carácter judicial. Ver obr. cit., págs. 41 y 42.

(43) Se advierte en las nuevas legislaciones una especial atención a la referencia explícita de las modalidades de transmisión a las que la interceptación alcanza. Así, Francia, en su Ley de 1991, cuando se refiere en su artículo 1 a «telecomunicaciones» hay que entender por tal según el Código de Correos y Telecomunicaciones art. 32: Toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o datos de cualquier naturaleza a través de un hilo, de la óptica, radioelectricidad u otros sistemas electromagnéticos.

Esta lista de técnicas comprende pues: 1) Los servicios que utilizan el hilo o el cable, teléfono público o privado, teleinformática. 2) Los servicios que utilizan la vía hertziana: radioteléfono público o privado, estaciones radioeléctricas privadas, sistemas de transmisiones profesionales por satélite.

Recientemente, por Ley n.º 547 de 23 de diciembre de 1993, se han introducido en el Código Procesal italiano los preceptos 266 bis, 268.3 bis y, modificado, el art. 268.6 y 8 para contemplarse en ellos la interceptación de las telecomunicaciones relativas a la informática o telemática. El Código Penal portugués valida la regulación de las interceptaciones telefónicas «a las conversaciones o comunicaciones transmitidas por cualquier otro medio técnico distinto al teléfono (art. 190). La regulación de la interceptación legal en Holanda y Suecia son especialmente previsoras en la mención del soporte informático como una vía más de emitir o recibir información, y por tanto capaz de ser intervenida. No se establecen diferencias por esta causa, en relación a la medida, de las que pudieran ser adoptadas por medio telefónico, sea éste alámbrico, radieléctrico, etc.

2. Derecho español

En el caso de España nos encontramos con continuos elementos de contradicción, si bien en el 579.2.º LECrim, se dice «intervención de las comunicaciones telefónicas» en el apartado siguiente (3.º) se amplía a «las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos». Unido esto a lo ya referido sobre declaración de *numerus apertus* (44) del art. 18.3 C.E., en cuanto al secreto de las comunicaciones garantizado, deberá entenderse idéntica cualidad, a efectos de la excepción (intercepción). La mayoría de los países no hacen distinciones en su régimen general, por lo que será preciso, en último término, la consideración de la Autoridad competente para su ordenación, excepto en Holanda, Suecia, Italia y Francia, cuyas legislaciones prevén esta circunstancia.

B. EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORDINARIA

1. En el momento de la prescripción

a) Presupuestos

El principio de proporcionalidad exige que la excepción al derecho de secreto en las comunicaciones privadas, se motive o justifique por la persecución de un delito de cierta gravedad, que pueda definir la necesaria ponderación de intereses: el particular y el social, en favor de este último, con el sacrificio del derecho fundamental que de esta forma encuentra su límite. Por tanto, se hace preciso que la injerencia en la vida privada proporcione la seguridad jurídica al ciudadano de saber *a priori* en qué casos aquélla podrá acordarse (45).

(44) Sobre este aspecto López-Fragoso resta importancia a la referencia expresa de sólo comunicaciones telefónicas (del art. 579.2 y 3 LECrim), junto a las postales y telegráficas que puedan ser objeto de interceptación, admitiendo que «sin perjuicio de poder extender nuestras consideraciones a cualquier tipo de telecomunicación privada». Ver obr. cit., pág. 50. En el mismo sentido Velasco Núñez, E., obr. cit., pág. 256. El auto del T.S. 18 Jun. 1992 admite que las mismas exigencias para motivar la interceptación telefónica «han de entenderse al "fax" y a las demás técnicas de transmisión de análoga significación» (FD 2.º, pfo. 8 fin).

(45) Dice LÓPEZ BARJA QUIROGA a este respecto: «No basta con que se produzca alguna de las razones expuestas (ver n. 42) para que sea admisible interferir la vida

a) *Derecho comparado*

Se fijan en las legislaciones nacionales en forma de un catálogo taxativo de delitos, por ejemplo: en Alemania (46), Bélgica (47), Finlandia (48) y Grecia (49). Frecuentemente atendiendo a la penalidad de éstos: Francia, si la pena es superior a dos años; Holanda, si superior a cuatro años; Reino Unido, si superior a tres años; Irlanda, si superior a cinco años; Austria y Finlandia, si superior a un año; Portugal, si superior a tres años, Luxemburgo, si superior a dos años; Italia, si superior a cinco años; Dinamarca, si igual o superior a seis años. En el caso de Suecia, dependiendo de que se pretenda acceso al contenido (*hemlig teleavlyssning*) o sólo recogida de datos (*hemlig teleövervakning*), los

privada de la persona, ya que es necesario que con anterioridad una ley, previendo el supuesto lo haya autorizado. Las excepciones (del art. 8.2 Convenio) no son, pues, directamente aplicables, sino que constituyen autorizaciones al legislador nacional para restringir el derecho». Ver obr. cit., pág. 35.

(46) El parágrafo § 100 a StPO relaciona una serie de delitos que presuponen la orden de vigilancia y grabación de las telecomunicaciones: Delitos de traición a la paz, de alta traición, amenaza para el estado democrático de derecho o a la seguridad exterior (§ 80 a 82, 84 a 86, 87 a 89, 94 a 100 a StGB). Contra la defensa nacional (§ 109d a 109h StGB), contra el orden público (§ 129 a 130 StGB); falsificación de moneda o valores (§ 146, 151, 152 StGB); tráfico de personas (§ 181 StGB); asesinato, homicidio o genocidio (§ 211, 212, 220 a StGB) y contra la libertad personal (§ 234, 234 a, 239 a, 239 b StGB); hurto efectuado por bandas (§ 244 y 244 a StGB) y robo o chantaje violento (§ 249 al 251, 255 StGB). Así como delitos previstos contra la Ley de Armas, la Ley de Extranjería, la Ley de Estupefacientes, entre otros.

(47) La Ley belga deja bien claro cuáles son éstos, dependiendo únicamente de la modalidad de la medida. Así existe una lista de diecisiete grupos de delitos, para el caso de ordenarse la *surveillance* (escuchar, tomar conocimiento y grabación). Estos tipos delictivos referidos al Código Penal y leyes especiales comprenden: delitos contra altos organismos de la Nación, amenazas sobre bienes y personas, toma de rehenes y secuestros, prostitución y corrupción de menores, homicidio, asesinato, robo, robo con homicidio, robo y extorsión, receptación, incendio, daños en aeronaves, buques, edificios, ferrocarriles, etc., narcotráfico, tráfico de armas y asociaciones ilícitas (art. 90 ter § 2 C.I.Crim). Para el caso de adoptarse la medida denominada como *repérage* (obtención de datos), el juez de instrucción no tendrá una lista cerrada de delitos como presupuesto, pero sí el Fiscal, que sólo podrá dictarla para la persecución de los delitos penados en los arts. 347 bis (toma de rehenes y secuestro de personas) y 470 (robo con extorsiones específicas), según el artículo 88 bis (modificado por esta Ley) del Código de Instrucción Criminal.

(48) Especial indicación en los delitos de narcotráfico, contrabando y otros contenidos en el Cap. 24, Sec. 3.ª del Código Penal finés.

(49) La Ley griega permite el levantamiento del secreto para investigación de delitos, con referencia al articulado del Código Penal, del Código Penal Militar y otras leyes especiales.

delitos deberán estar penados como mínimo con dos años o seis meses, respectivamente. Pero en la mayoría de ellos se combina este requisito temporal con la lista cierta de infracciones delictivas que presuponen la autorización de la interceptación (50).

a^{II}) *Derecho español*

He aquí la gran ausencia de la legislación española que en su acusada parquedad no refiere ni listado de delitos, ni referencia sobre su gra-

(50) De este modo, el Código Procesal italiano agrupa el criterio de la penalidad de la infracción con una relación referida a cierta tipología de delitos: delitos no culpables penados con prisión o reclusión superior a cinco años (art. 266 a); delitos contra la Administración Pública penados con reclusión no inferior a cinco años [art. 266 b)], delitos referentes a sustancias estupefacientes o psicotrópicas (art. 266 c), delitos referentes a armas y a sustancias explosivas [art. 266 d)]; delitos de contrabando [art. 266 e)]; delitos de injuria, amenaza, molestia o perturbación a las personas por medio del teléfono [art. 266 f)].

El Código de Procedimiento Penal de Portugal de 1987 se identifica con los citados preceptos del italiano con la excepción de que la duración estimada es de tres años para delitos en general (art. 187.1) y añade (art. 187.2) los de terrorismo y criminalidad violenta o altamente organizada; asociación criminal (art. 287 C.P.), contra la humanidad (Tít. II, Libro II C.P.); contra la seguridad del Estado (Cap. I, Tít. V, Libro II C.P.); falsificación de moneda o títulos de crédito (art. 237, 240 y 244 C.P.) y comprendidos en tratados sobre seguridad aérea o marítima.

La ley de Interceptación de las Comunicaciones del Reino Unido, de 1985, encuentra como presupuestos de una orden que considere necesaria la interceptación: en interés de la seguridad nacional, con el propósito de impedir y descubrir delitos graves y para salvaguardar el bienestar económico del Reino Unido [Sec. 2, Subsec. 2 (a), (b) y (c)].

Según la propia legislación, se considera *delito grave* toda aquella conducta que suponga el uso de la violencia, dé como resultado importantes ganancias económicas o se lleve a cabo con la participación de un gran número de personas que persigan el mismo fin; o bien el cometido por una persona de veintiún años de edad o más y sin condenas previas, que pueda ser sentenciado a pena de cárcel por un período de tres o más años [Sec. 10, Subsec. 3(a) y (b)]. En Irlanda, la propia ley define el delito grave (*serious offence*) el principal presupuesto para la concesión de la autorización, dependiendo de la gravedad de los posibles resultados, para vidas, daños, ganancias económicas notorias y otras circunstancias.

La ley en Dinamarca permite la interceptación de las telecomunicaciones cuando se trata de la investigación de un delito contra: la independencia y seguridad del Estado, espionaje (Tít. 12 C.P.); la Constitución, autoridades supermas del Estado o amenaza del orden democrático (Tít. 13 C.P.); y delitos especiales de evasión de presos [Sec. 124 (1)]; obstrucción a la Justicia (Sec. 125 C.P.); eludir el servicio militar [Sec. 127 (1)]; desórdenes públicos en vías de comunicación [Sec. 193 (1) C.P.]; amenazas (Sec. 266 C.P.); chantaje (Sec. 281 C.P.); y fraude fiscal y aduanero (Sec. 289 C.P.).

vedad en función de la pena que pudiera serle impuesta a la infracción perseguida (51). Esta ausencia ha obligado a la doctrina a pronunciarse sobre la falta de limitación *rationae materiae*. La regla de los sacrificios expuesta arriba exige la persecución de delitos graves, es decir, castigados con penas superiores a prisión menor (más de seis años). Sobre este entorno está la mayoría de la doctrina, pero hay quien opina que la interceptación legal puede acordarse judicialmente para cualquier tipo de delito (52). De otro lado quién no la considera admisible más que para delitos penados con prisión mayor o pena superior, si la finalidad es la de tener conocimiento del contenido de la conversación, y hace la distinción en que la «observación» (en el sentido explicado, del 579.3.º) es permisible en todo tipo de delitos (53). También se pretende ligar esta regla sobre la interceptación de telecomunicaciones a los criterios para acordar la prisión provisional (54).

A partir de este punto, y basándose en los criterios legales para acordar la prisión provisional (art. 503 LECrim), el magistrado Hurtado Adrián (55) propone que, tomando como frontera los delitos graves (penas superiores a prisión menor) al igual que la medida cautelar personal, no sea éste un módulo único sino que participe de la flexibilidad precisa que proporciona el ser conjugado con otras circunstancias concurrentes. Tal como se opera para dictar la prisión provisional (antece-

(51) La ausencia de la definición de los delitos que puedan justificar la autorización de la medida fue uno de los reproches del T.E.D.H. (*Casos Huvig y Kruslin*, 1990), a la legislación francesa, entonces vigente, por considerar, en unión de otros defectos, que el sistema no proporcionaba la protección adecuada contra los posibles abusos (ver S/T.E.D.H. de 24 de abril de 1990, pfo. 35).

(52) Ver MORENO CATENA, V.: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal». *Rev. Poder Judicial* n. especial II, 1987, pág. 159. En igual sentido GIMENO SENDRA, V.: obr. cit., pág. 11.

(53) Ésta es la opinión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: obr. cit., págs. 188-199. En este sentido si equiparamos «observación» a *repérage* en la ley belga, acabamos de ver que es igualmente aplicable la modalidad a todo tipo de delitos (art. 88 bis C.I.Crim) para el Juez de Instrucción. Sin embargo, el equivalente de la medida en Suecia denominada *vigilancia (hemlig teleövervakning)* necesita de penas, como mínimo de seis meses simplemente para recoger datos en la investigación de un delito de los sancionados en esa pena límite o superior.

(54) Ver RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Intervenciones telefónicas*, obr. cit., pág. 455. En Holanda se liga la aplicación de la interceptación de las telecomunicaciones a que el delito investigado conlleve la posibilidad legal de ser detenido en el acto o en el caso de delito susceptible de practicar la detención preventiva, es decir, cuya pena sea de cuatro o más años (art. 125 f. C. Proc. Crim. y art. 67 C. Penal).

(55) Ver HURTADO ADRIÁN, A. L.: obr. cit., pág. 178.

dentes del imputado, alarma social producida por el hecho, frecuencia de su comisión), pueden adoptarse éstos u otros. En realidad, tal criterio ha sido refrendado por el renombrado Auto del T.S. de 18 de junio de 1992: «... sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica...», añadiendo además que se debe «graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de descubrirlo por otros medios menos traumáticos social o individualmente considerados y valorar, por último, las demás circunstancias concurrentes (F.D. 1.º, 3.º pfo.).

En vista de lo cual parece conveniente que, en relación a España, de *lege ferenda* los criterios para acordar una interceptación legal deberían constar de una regla básica en función de la penalidad de la infracción delictiva investigada, no interpretada de forma automática, sino conjugada con otros criterios correctores que adapten según el principio de proporcionalidad, en cada caso, la necesidad de la medida a la injerencia que se autoriza. Y en todo caso la referencia explícita de una serie de tipos delictivos designados por el Código Penal cuyos bienes jurídicos protegidos hagan necesaria y proporcional la medida, como en el sentir de la mayoría de las legislaciones europeas estudiadas.

b) *La reserva jurisdiccional o administrativa: ¿Quién la ordena?*

b¹) *Derecho comparado*

En la mayor parte de los países de la U.E., el derecho nacional otorga al juez de instrucción, el poder para autorizar la interceptación. Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal. Suecia; incluso en Austria, Grecia, Finlandia y Dinamarca se necesita el concurso de un órgano colegiado (Tribunal o Consejo). En Alemania (56), Grecia (57),

(56) El parágrafo 100 b StPO, que regula la competencia para ordenar la vigilancia de las telecomunicaciones, dice (1): «Únicamente el Juez puede ordenar la vigilancia y grabación de las telecomunicaciones. Si existe riesgo de demora, también puede ordenarla el Ministerio Fiscal, pero la misma quedaría sin efecto si no fuera confirmada por el Juez».

(57) El art. 4.6 de la Ley griega 2225/94 autoriza, efectivamente, al Fiscal «en casos excepcionalmente urgentes» el levantamiento del secreto de las comunicaciones, al igual que al «instructor que efectúe la instrucción ordinaria», que no puede ser otro que el Jefe Policial encargado del caso. La convalidación ante el Consejo del Tribunal de Apelación deberá hacerse antes de los tres días, cesando por derecho propio en otro caso.

Italia (58) y Bélgica, en casos muy precisos (59), aunque la competencia en primer término, para acordar la medida de interceptación, reside en el juez; en casos de urgencia puede ser anticipada por el Fiscal por tiempo limitado, necesitando de una validación judicial posterior. Esta misma concesión condicionada opera en Grecia y Dinamarca en favor del Jefe policial instructor de las diligencias [art. 4.6 y Sec. 783 (3), de sus leyes respectivas].

Aunque, como reconoce el juez Louis-Edmond Petitti (T.E.D.H.): «La exigencia de la fiscalización judicial en materia de escuchas telefónicas no se debe solamente a una preocupación de la filosofía de los Poderes y de las Instituciones, sino también a las necesidades de la protección de la vida privada» (*Caso Malone*, voto particular coincidente), no sólo la Autoridad judicial tiene atribuido el monopolio de esta decisión. El artículo 8.2 del C.E.D.H. dice: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia está prevista por la ley...». Esta *autoridad pública* prevista en la ley no siempre es la judicial, sino que puede ser una Autoridad administrativa.

En el derecho anglosajón, tradicionalmente, las interceptaciones se utilizan para ayudar a la policía en sus investigaciones, pero nunca con finalidad probatoria, y desde luego no están incardinadas en una fase del proceso penal, sino que es el Poder Ejecutivo: el Ministro (60), quien

(58) El artículo 267 C.P.P. italiano previene en su apartado 1 que será el Ministerio Público quien pida al Juez la autorización para proceder a la interceptación de las telecomunicaciones, pero contempla en el 2 que «en caso de urgencia» cuando exista motivo fundado para considerar que del retraso puede derivarse grave perjuicio para las investigaciones, el Ministerio Público dispondrá la intervención». Esta decisión motivada debe ser comunicada al juez antes de transcurridas 24 horas. El juez tiene 48 horas para decidir sobre la ratificación. Caso de no pronunciarse se entenderá denegada y nula a todos los efectos.

(59) En Bélgica, el Fiscal sólo está autorizado a ordenar la medida en el caso de delito flagrante de los tipos penales de los arts. 347 bis C.P. (toma de rehenes y secuestro de personas) y 470 C.P. (robo con intimidación o con extorsiones específicas).

(60) Del estudio pormenorizado de la legislación británica en esta materia que ofrece la sentencia TEDH (2 de agosto de 1984) sobre el *Caso Malone* se deduce claramente que el carácter administrativo ha imperado siempre. El juez nacional que falló el caso llegó a la siguiente conclusión: «El derecho inglés vigente no conoce ninguna de estas garantías y solamente se encuentran algunas previsiones en ese sentido en la práctica administrativa» (punto 34).

Otra precisión que resulta conveniente se refiere al rango y ramo de la Autoridad ordenante en la Ley de Interceptación de Comunicaciones de 1985. El término *Secretary of State* parece más equivalente al de Ministro, no al Secretario de Estado durante

ostenta la potestad de ordenarlas. Su naturaleza y finalidad, por tanto, son de carácter administrativo. En efecto, en la Ley sobre la Interceptación de las Comunicaciones de 1985, vigente en el Reino Unido, el principio general es la exclusión de toda finalidad probatoria, con base en las interceptaciones, ante un Juzgado o Tribunal [Sec. 9, Subs. (1)]. Idéntico régimen prima en la República de Irlanda, donde la Autoridad facultada para la ordenación es, exclusivamente, el Ministro de Justicia [Sec. 2. (1)].

En España, el monopolio judicial goza incluso de la reserva legal de primer rango o constitucional (art. 18.3), al igual que sucede en Italia, Dinamarca, Grecia, Austria y Portugal (este último por deducción implícita de su texto). La exigencia de la resolución judicial no es constitucionalmente exclusiva en Alemania [ver n. (5), art. 10.2], ni en los Países Bajos, donde junto a su reconocimiento persiste un control parlamentario para los atentados a la Seguridad del Estado Federal o de los *länder*, en el primer país; y una habilitación general innominada, en el segundo.

bⁱⁱ) *Derecho español*

Centrándonos en España, y en este marco de delincuencia común, la resolución judicial es exclusiva y excluyente, sin la cual por imperativo constitucional no es posible practicar una interceptación legal de las comunicaciones privadas de los ciudadanos, independientemente de la modalidad de telefonía fija o móvil que se utilice. Esto —a mi parecer— es irrelevante y no afecta al secreto de la comunicación ni a la garantía constitucional (61). En toda la legislación europea estudiada se ha

nuestro Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Y, por tal motivo, *Assistant under Secretary of State* parece asimilarse al Secretario General del Ministro.

Estas equivalencias de rango de altos cargos concuerdan con las verificadas en la Sentencia del *Caso Malone*, ya aludida. Aunque la ley no indica el departamento ministerial, el texto de la sentencia siempre cita al Ministro del Interior.

Hechas estas aclaraciones, se concluye que, según la referida ley británica será: el Ministro del Interior quien puede expedir una orden de interceptación y en caso de urgencia, si el Ministro así lo ha previsto, puede controlar su expedición su Secretario General o Autoridad de rango superior [Sec. 4, Subs. (1) en relación con la Sec. 2(1)].

(61) En contra de esta opinión González Guitián: *Escuchas clandestinas...*, obr. cit., pág. 117, que excluye a las comunicaciones por radio del carácter de «privadas». Contrario también De Vicente Remesal, J.: «Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones causales. Consideraciones so-

podido encontrar matización alguna que haga prescindible la autorización de la interceptación por causa del soporte o medio de transmisión. Antes al contrario se tiende a unificar el régimen para cualquier medio elegido (ver n. 43).

c) *Motivación de la medida*

Uno de los aspectos de gran interés policial en todo el régimen de la interceptación es el que se refiere a la verificación de los datos, que por

bre el empleo de teléfonos inalámbricos». *Poder Judicial* n.º 17, año 1990, pág. 164. Aún fresca la sentencia de la Audiencia Nacional (Sec. 3.ª Sala de lo Penal), de 15 de septiembre de 1995, en el SM 15/92 del J. Central de Instrucción n.º 5 (*Caso Charlin*), es igualmente adicta a esta tesis, afirmando que: las comunicaciones por radio «no se encuentran comprendidas en el art. 18.3 de nuestra Constitución, ni a las mismas se refiere para nada el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», por lo que tales intervenciones no necesitan de auto judicial sin que por ello pequen de inconstitucionalidad (F.D. Sexto final). Disiento radicalmente de este parecer, pues aunque —como dice la sentencia, en su favor— «las señales emitidas al espacio pueden ser captadas por cualquiera» —cuestión más que discutible si el Tribunal reparase en la estructura de las emisiones criptadas del ya operativo sistema digital G.S.M.—, la argumentación jurídica que me parece más fundada atiende al objeto del derecho y a la tutela jurídica que la Constitución le depara: el secreto de la comunicación, que es de carácter formal (STC 114/84 FJ 7.º). Y no se debe afirmar que por la utilización del espacio radioeléctrico como medio transmisor decae la garantía constitucional en orden a su control judicial. Es como si, p.e.: al garantizar el derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 17.2 C.E.), salvo resolución judicial, se admitieran excepciones que, según las tesos que se combate, pudieran implicar una «supuesta renuncia» del titular del derecho, tales como: si la morada está en despoblado, o se vive en un hotel, o deja la puerta de la casa abierta, etc. Por otro lado, esta peligrosa doctrina nos llevaría a la despenalización del art. 192 bis C.P. por falta de antijuridicidad, con lo que cualquier servicio de un departamento ministerial estaría legitimado para violar este tipo de comunicaciones (que cada vez son más frecuentes). ¿Se necesitaría o no resolución judicial para interceptar la comunicación entre un abonado de terminal móvil y otro de equipo fijo? —se me ocurre preguntar a mis contradictores—. De aceptar la teoría que se combate nos lleva al absurdo. A propósito de esta discusión, ver GIMBERNAT, E.: «El CESID y las escuchas telefónicas». *El Mundo*, 14 de junio de 1995. Artículo de opinión donde el ilustre Catedrático de Derecho Penal defiende la irrelevancia del medio de transmisión inalámbrico para la constitución del delito. En el mismo sentido, e identificando el aparato telefónico convencional (por hilo), como el llamado inalámbrico o móvil a los efectos penales, MONTIEL MÁRQUEZ, A.: «De escuchas y grabaciones». *El País*, sábado 24 de junio de 1995, pág. 20. La reciente obra de MARTÍN MORALES, R., obr. cit., pág. 88, ataca la pretendida excepción al art. 18.3 C.E. con estas palabras: «Como se puede comprender, es inaceptable el argumento de que la utilización de telefonía móvil inalámbrica constituye una renuncia tácita a la capacidad de control del destino de la propia comunicación». RODRÍGUEZ MARÍN, F., comparte también la tesis que aquí se defiende: «Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad». *ADP y CP*, 1990, pág. 217.

su calidad y consistencia puedan constituir la motivación en la que se funde el acuerdo de la medida por la Autoridad competente. Ello es debido a que, normalmente en la investigación del delito, la *notitia criminis* será captada en primer lugar por la Policía Judicial o por el Ministerio Público y serán éstos quienes soliciten el levantamiento del secreto de las comunicaciones en relación a determinadas personas o titulares de números telefónicos con apoyo en los conocimientos que sobre la perpetración del delito servirá de base para la imputación. Estos conocimientos deben versar sobre datos que se traduzcan en un grado de sospecha de cierta consistencia y verosimilitud, en la que se destaque, sobre todo, el dato objetivable susceptible de contraste, antes que vanas conjeturas o apreciaciones meramente subjetivas. Es decir, ante todo se pretende, por lo que se refiere a España, con la adopción de la vigilancia de las comunicaciones el «descubrimiento» o «comprobación» (art. 579.1 LECrim) de un hecho ilícito en curso. Estas consideraciones previas sirven para abordar la interdicción de las escuchas preventivas, prospectivas o de exploración sobre personas, o el barrido aleatorio de frecuencias del espacio radioeléctrico. Estas prácticas, normalmente sin control, son de carácter predelictual o mejor incluso con ausencia de todo indicio serio por el que se pueda sacrificar en aras del interés social la violación de la esfera privada.

c) *Derecho comparado*

Esta doctrina es normalmente aceptada por casi la totalidad de las normas reguladoras de las interceptaciones en los países de la U.E. (62).

(62) Por ejemplo, en Alemania el § 100 a StPO precisa para la vigilancia y grabación la presencia de «hechos ciertos» que justifiquen la sospecha de que alguien ha cometido un hecho delictivo del catálogo previsto. Se repite la expresión en el § 100 c. (2) StPO. El art. 267.1 C.P.P. italiano, exige «graves indicios de delito». En Dinamarca la fundamentación gravita sobre la sospecha de que el delito implique riesgos en la vida, bienestar de las personas o bienes sociales considerables [Sec. 781 (4)].

El Código de Procedimiento Criminal de Austria de 1974 exige, entre los requisitos para autorizarse, la grabación y registro de las telecomunicaciones que la finalidad sea la de «esclarecer» un delito cometido y que la sospecha sea «fundada» sobre la persona o titular de la instalación que se va a intervenir [§ 149.a(1).2 StPO].

La ley griega (2225/94), después de permitir la autorización para la investigación de determinados delitos (por tanto, cometidos o que están cometiendo) apura la misma hasta los actos preparatorios en el delito de falsificación de moneda (art. 4.1). Los términos del Código de Procedimiento Criminal en Holanda son extremadamente claros,

Presenta excepciones, el Reino Unido, pues su ley de 1985 permite que el Ministro expida una orden de interceptación de comunicaciones cuando se considere necesaria «con el propósito de *prevenir* y descubrir delitos graves» (63). Otro tanto, aun con mayor rotundidad, puede afirmarse en el caso de Irlanda, puesto que se admite entre las condiciones que justifican la interceptación, que aun siendo el delito investigado de gravedad pueda ser «conocido pero que no ha sido cometido» y que las investigaciones se realizan «con el fin de prevenir su comisión o para permitir que sea descubierto si llega a ser cometido...» (64). Otra particularidad de esta ley es la designación del Comisionado de la *Garda Síochána* como la única persona autorizada para solicitar la concesión de la interceptación por motivos de investigación criminal [Sc. 6(1) (a) (i)]. La autorización preventiva del derecho anglosajón es propia de la concesión legal de ordenación y control —que veremos a continuación— a la Autoridad administrativa, cuya ponderación de intereses en litigio no se corresponde con los criterios de la fiscalización judicial como garante de los derechos individuales de los ciudadanos. Esto es evidente.

La legislación francesa es de una laxitud que nos permite albergar toda serie de dudas en este aspecto. Por un lado, se dice que: «el Juez de Instrucción puede, cuando las necesidades de información lo requieran, prescribir la interceptación, la grabación y la transcripción de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones» (art. 100 C.P.P.). A continuación se añade que la decisión judicial «debe llevar ... la infracción que motiva el recurso a la interceptación» (art. 100.1 C.P.P.). Pero no se requiere motivación especial, grado de sospecha o indicios sobre los datos relacionados con el delito investigado, tan sólo se deja a pleno arbitrio judicial *lorsque les nécessités de l'information l'exigent* la adopción de la medida. Más oscuridad se aporta cuando la

puesto que la primera condición que se exige para ordenar la interceptación es que el delincuente sea sorprendido *infraganti* o que el delito sea denunciabile... (art. 125 f).

(63) «The Secretary of State shall not issue a warrant under this section unless he considers that the warrant is necessary—...

(b) for the purpose of *preventig* or detecting serious crime...» [Sec. 2, Subsec. (2) b) *Interception of Communications Act*, 1985).

(64) Sec. 4(a): «The conditions referred to in section 2 of this Act in relation to an interception for the purpose of criminal investigation are —...(ii) that— (I) in the case of a serious offence that is apprehended but has not been committed, investigations are being carried ont, for the purpose of preventing the commission of the offence or of enabling it to be detected, if is committed...».

orden judicial —se dice— «no tiene carácter jurisdiccional y no es susceptible de recursos» (art. 100 C.P.P., inciso final).

Hasta esta ley de 1991, con base en los artículos 81 y 151 C.P.P. francés, *les écoutes téléphoniques* no han tenido carácter meramente informativo, sino que la jurisprudencia ha dado muestras de ello, han servido de fuente de prueba, como efecto indirecto de la medida. ¿Cómo se entiende que la ley niegue el carácter jurisdiccional a una resolución judicial? ¿Restringirá la interceptación a meros efectos investigadores, desprovistos de valor probatorio? (65).

Aunque la ley belga inicia la descripción de los presupuestos relacionados con la motivación en términos similares a la francesa (*lorsque les nécessites...*) es inmediatamente precisada esta exigencia, sólo *s'il existe des indices sérieux... que constitue une infraction visée*, para referirse a continuación, a los delitos comprendidos en la propia ley (art. 90 ter, §1.º CI. Crim.).

c^{II}) Derecho español

En España es bien clara su prohibición en cualquier régimen, pues como veremos sólo puede hablarse de una especialidad en razón de terrorismo (579.4 LECrim.). Pero es que, además, la garantía constitucional (art. 18.3) que representa el control judicial *en todo caso*, no permite excepciones en favor de determinados delitos de terrorismo o contra la seguridad del Estado o contraespionaje, de carácter extraprocesal, que tengan como finalidad la búsqueda de información predelictual, a modo prospectivo o aleatorio. La *única* regulación nacional en esta materia tan sólo prevé «la intervención de las comunicaciones telefónicas... si hubiere *indicios* de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa (art.

(65) Sin dar mayores explicaciones sobre la significación real del carácter extrajurisdiccional de las escuchas telefónicas, en Francia. LECLERC, H., se hace asimismo toda una serie de preguntas para exponer sus serias dudas sobre la legalidad de la disposición que deja toda la liberalidad en manos del juez. «Est-il bien raisonnable et conforme aux exigences de la Convention de ne pas encadrer mieux cette "atteinte grave au respect de la vie privée et des correspondances" de la laisser à la seule discrétion du juge sans aucun contrôle de la motivation, sans aucun recours possible, outre qu'une demande de nullité pour des raisons formelles? N'y-a-t-il pas là des risques d'abus contre lesquels les citoyens ne disposeraient pas de garanties adéquates? Ver obr. cit., págs. 23 y 24.

579.2 LECrim.) o bien «la observación de las comunicaciones... telefónicas de las personas sobre las que existen *indicios* de responsabilidad criminal...» (art. 579.3 LECrim.). Como vemos la exigencia de indicios (66) y su relación con personas determinadas o determinables excluye otra finalidad que no sea el «descubrimiento o la comprobación» de algún hecho en relación a la causa. El Tribunal Supremo ha negado categóricamente la licitud de las escuchas predelictuales o de prospección desligadas de la realización de un hecho delictivo (67).

d) *Sujetos pasivos*

No suelen ser muy exactas o precisas las normas consultadas en cada país en este punto. Esta indeterminación subjetiva sobre a quienes puede aplicarse la medida, es interpretada en general, en referencia a las personas en las cuales recaigan fundadas sospechas de participación en el delito, ya como imputados directos o indirectos. Es decir, todas aquellas personas que reciben comunicaciones para el imputado o que provienen de él o que las transmite o sirve de enlace, que puedan adquirir

(66) El elemento esencial de interpretación, es decir, qué se entiende a estos efectos por *indicios*, ha sido definido por el Tribunal Supremo en su Auto de 18 de junio de 1992 (*Caso Naseiro*) como: «las indicaciones o señas o sea datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permitan descubrir o atisbar como dice la doctrina científica sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, de la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica (F.D. Segundo). Se añade en el mismo lugar: «No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al juez valorar la razonabilidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad». Reproducida la definición en S/TS 15 Jul. 93, FJ 3.º. La misma doctrina en la S/TS 25 Jun. 93 y en la S. Aud. Nacional 27 Sep. 94 (*Caso Naseiro*), FD n.º 47. Ídem S/TS 23 Dic. 94, FJ Sexto.

(67) Ver A/TS de 18 Jun. 1992 (*Caso Naseiro*) (FD 3.º, 1.ª pfo.). En el mismo sentido SS/TS 25 Jun. 1993 (FJ 5.º); 12 Ene. 1995 (FJ 4.º); 31 Oct. 1994 (FD 11) y 23 Dic. 1994 (FD 10).

La S/TS de 12 de enero de 1995 estimó precisamente el recurso de casación por este motivo. Así se dice: «... pero no se hizo constar por los agentes policiales que solicitaron la intervención del teléfono del acusado de delito que se hubiera cometido o que se pudiera estar cometiendo..., sino que dijeron que tan sólo se trataba de averiguar posibles hechos delictivos, sin ofrecer ninguna referencia de indicios, sobre la realidad de la existencia del delito concreto. (FJ Cuarto).

la cualidad de cómplices o cooperadores necesarios. No existe demasiado rigor en los pronunciamientos legales.

d^b) *Derecho comparado*

Ejemplo de omisión expresa es la reciente legislación francesa, que no fija quienes pueden ser las personas sometidas a la escucha, aunque la decisión judicial debe llevar «todos los elementos de identificación de la comunicación que se va a interceptar» (art. 100.1 C.P.P.). Tal indeterminación ha motivado las críticas de los comentaristas Henri Leclerc (68), Bernard Bouloc (69) y Pierre Chambon (70) quien, en un intento de interpretar la laguna legal, se remite a la opinión del ponente M. Massot que precisa «el juez puede hacer escuchas a cualquier persona en relación con la información abierta». Sin embargo, esta ley es especialmente cuidadosa para proteger las intervenciones decretadas sobre una línea que dependa del bufete de un abogado o de su domicilio, debiendo previamente ser informado por el Juez competente el Decano del Colegio de Abogados (*Le Bâtonnier*) (art. 100.7 C.P.P.). El C.P.P. portugués prohíbe la interceptación y grabación de comunicaciones o conversaciones entre el acusado y su defensor, salvo que el juez tuviera fundadas razones que tales constituyan el objeto del delito (art. 187.3). Además de los abogados, la ley procesal austríaca incluye otros profesionales, con serias limitaciones cuando se trate de interceptar las instalaciones de una empresa de medios de comunicación (71). De la misma índole son las prohibiciones de someter a la medida en el Código de Instrucción Criminal belga, a despachos profesionales, sedes de medios de comunicación, de abogados o médicos (salvo que éstos sea los sospechosos o sus locales utilizados a tal fin) (art. 90 octies). La prohibición es absoluta en Suecia para las conversaciones telefónicas u otras telecomunicaciones que tengan lugar entre el sospechoso y su defensor.

(68) Ver LECLERQ, H.: obr. cit., pág. 23.

(69) BOULOC, B.: «Chronique Législative». *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, janvier-mars 1992, pág. 128 et suiv.

(70) CHAMBON, P.: obr. cit., pág. 175.

(71) Los abogados, notarios y psiquiatras quedan protegidos en sus comunicaciones de acuerdo con § 149a(1)b en relación con el § 152(1)4. Los medios de comunicación sólo soportarán la injerencia cuando el delito perseguido esté sancionado con cadena perpetua o penas superior a cinco años e inferior a diez [§ 149a(2) en relación con § 1.6 de la Ley de Medios].

Deberá interponerse la escucha nada más advertido y destruir la grabación inmediatamente (art. 22 C.P. Judicial).

La investigación del delito en Holanda dispone de amplias previsiones legales específicas para la obtención de sistemas automatizados, tanto pertenecientes al sospechoso como a cualquier otra persona que, bajo sospecha razonable, pueda aportar datos relacionados con aquél (art. 125 i-k C.P.Crim.). Protegiéndose el secreto eclesiástico, profesional u oficial (art. 125 e. C.P.Crim.).

La ley inglesa no explica la relación que liga a la «persona en particular o conjunto de dependencias» referidas en la orden de interceptación con la materia investigada ni cuál es su posición respecto de la eventual imputación [Sec. 3, Subsec. (1)]. Por el contrario, el Código de Procedimiento penal alemán (StPO) recalca la notoriedad de los sujetos pasivos sobre «alguien que haya realizado o tomado parte en...» en el catálogo de delitos previsto (§100 a). Pero al final de este párrafo aún se detalla mucho más: «la orden sólo se puede dictar contra el acusado o contra personas de las que se pueda suponer, en virtud de hechos ciertos, que reciben o transmiten informaciones del acusado, o de cuyo contacto se beneficia este último» (§ 100 a. final). En términos similares se expresa la Ley griega (art. 4.3).

d^{II}) *Derecho español*

¿Qué dice a este respecto nuestro derecho positivo? Primero, el artículo 579 LECrim siembra confusión entre la *intervención* de las comunicaciones del «procesado» y la *observación* las comunicaciones «de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal». No vamos a detenernos en la supuesta distinción (intervención-procesado / observación-imputado), en la que ni el Tribunal Supremo ha querido entrar (ver A/TS 18 Jun. 92. F.D. 2.º, 5.º pfo.) pero que, como se ha dicho anteriormente, la mayoría de la doctrina da por zanjada la controversia en favor de la intervención de las comunicaciones telefónicas a toda *persona imputada* judicialmente con sospecha fundada (72). Más

(72) Con posterioridad al A/TS de 18 Jun. 92, el mismo Tribunal llega a equiparar ambos términos que confusamente utiliza el art. 579.2 y 3 LECrim. Así la S/TS, 25 Jun. 93 en su FJ 4.º dice así: «Nos encontramos ante una mera distinción gramatical con objeto de evitar antiestéticas repeticiones ya que en ambos casos lo que se pretende, tanto con la intervención como con la observación, es conocer el contenido íntegro

tarde la normativa-precepto finaliza con una formulación genérica que implica a cuantas personas «se sirvan (de las comunicaciones) para la realización de sus fines delictivos» (579.3 LECrim. final). Por tal motivo López Fragoso es partidario de la aplicación de la redacción alemana, referida a personas con toda su amplitud al Derecho español (73).

2. Control en fase de ejecución

a) *Requisitos en tiempo*

a¹) *Derecho comparado*

Sobre la duración autorizada para las interceptaciones, Alemania, España e Irlanda coinciden en un tiempo máximo de tres meses, renovables. Un mes más, es decir, cuatro, autoriza la ley francesa; y un mes menos, sólo dos, con prórrogas de uno, la ley en el Reino Unido y Finlandia. Por debajo de estos límites, en Italia, tan sólo 15 días, por supuesto, renovables. Coinciden en un tiempo máximo de un mes, renovable por períodos de idéntica duración, Dinamarca, Suecia y Luxemburgo, y en el caso de Austria, Holanda y Portugal, curiosamente, no existe límite legal expreso, pero la orden de interceptación debe consignar el plazo.

Respecto de la normativa belga hay que hacer unas distinciones previas que le son propias. Admitida la modalidad de la injerencia de *repérage* (recogida de datos), ésta no tendrá plazo superior a dos meses, pudiendo prorrogarse. La *surveillance* (escucha, conocimiento y/o grabación) de la comunicación no podrá exceder de un mes, y sus prórrogas, de seis.

Los límites de tiempo marcado por la legislación griega son de dos meses para la interceptación acordada por primera vez, no pudiendo rebasar las prórrogas el tope de diez meses.

de las conversaciones mantenidas por las personas investigadas a través del teléfono del que sean titulares».

(73) Ver este autor, obr. cit., págs. 55 y 60.

a¹¹⁾ *Derecho español*

La legislación española, siguiendo fiel a su insuficiencia, no señala plazo para la modalidad, llamada por el precepto «intervención» (pfo. 2 del art. 579 LECrim.). Por contra la «observación» es reglada por un plazo «de hasta tres meses». Es decir, como máximo, interpretado por la doctrina y la jurisprudencia de forma restrictiva, como cualquier limitación o injerencia en un derecho fundamental. Previéndose, además, en esta segunda modalidad, de una prórroga «por iguales períodos», que bajo el mismo sentido habrá de ser interpretada no indefinida, sino estrechamente relacionada con los resultados obtenidos. La solicitud de prórrogas no fundadas por parte de la Policía Judicial y/o su concesión incondicionada e injustificada por la Autoridad Judicial contravienen el juicio de proporcionalidad que de forma continuada debe gravitar sobre la interceptación (S/TS. 27 sep. 94).

b) *Requisitos en forma*

Una vez tomado el acuerdo por la Autoridad habilitada (Juez, Fiscal, Ministro), para llevar a cabo una interpretación de las telecomunicaciones de una o varias personas, se produce la orden o mandamiento para su ejecución. La orden suele revestir unos requisitos formales tales como ser dada por escrito (74), especificar el peticionario, el nombre, dirección, número de teléfono o teléfonos (para determinar la línea a interceptar en base a persona determinada o determinable), medida o modalidad a practicar: recuento o *comptage*, escucha, grabación; lugares o dependencias, autoridades, funcionarios o empleados públicos o privados, sobre los que se delegue la operación, tanto en su aspecto investigativo como de asistencia técnica; duración de la medida, con alguna indicación al respecto sobre el informe periódico de resultados. La normativa en este campo puede contener todo o parte de estas condiciones de ejecución, junto a otros controles simultáneos de desarrollo que revelarán su importancia en el momento de reconocer a las grabaciones su autenticidad y valor probatorio. Estos nuevos requisitos pueden versar sobre el levantamiento de actas del contenido de los registros o

(74) La Ley en Irlanda autoriza al Ministro de Justicia a conceder la autorización oralmente (por teléfono o de otro modo) en caso de excepcional urgencia, confirmándose lo antes posible por escrito [Sec. 2(2) b].

transcripciones de las comunicaciones, sobre todo para determinar el fedatario de las mismas, pudiendo ampliarse a la remisión de todo el material o parte de él seleccionado, plazos de entrega, custodia del mismo, exigencia de grabaciones originales o copias, etc.

b) *Derecho comparado*

Todos los códigos o leyes reguladoras europeas más actualizadas contienen en mayor o menor medida estos requisitos formales de ejecución. Lo normal es que la Autoridad habilitada para su ordenación delegue su práctica en el Ministerio Público, Policía Judicial y/o en empleados de las compañías telefónicas, que no conviene olvidar puede representar problemas, que abordaremos más adelante, según el operador de red o proveedor de servicios sea de naturaleza pública o privada, problemas tanto legales, como técnicos o financieros.

Como prototipo de previsión legislativa cabe citarse el propio del derecho italiano. El art. 268 de C.P.P. (ejecución de las operaciones) conjuntamente con el art. 267 del mismo texto legal configuran un marco bien definido (75). Es el Fiscal quien protagoniza la dirección de las operaciones apoyándose, para su ejecución y asistencia técnica, en la Policía Judicial y explotador de la red de telecomunicaciones correspondiente, disponiéndose, por su parte, las dependencias donde deba realizarse la vigilancia. Destaca la minuciosidad de las secuencias descritas por la ley, afinando en cuanto a la custodia de la totalidad de las grabaciones y de sus respectivas transcripciones.

(75) «El Ministerio Público procederá a las operaciones personalmente o bien valiéndose de un oficial de la policía judicial» (art. 267.4 C.P.P.). El control de las operaciones exige que su grabación, reserva y custodia sean en las oficinas del Fiscal, quien anotará en orden cronológico las órdenes que dispongan, autoricen, ratifiquen o prorroguen las interceptaciones y el comienzo y fin de cualquier grabación (art. 267.5 C.P.P.). Se levantará acta y se transcribirá el contenido de las comunicaciones (art. 268.1 y 2 C.P.P.), operaciones que podrán ser exclusivamente realizadas en la Procuraduría de la República o cuando resulten insuficientes, inadecuadas o por razones de urgencia, debidamente motivado podrá disponerse en la instalación de los aparatos técnicos en la empresa pública o en las dependencias de la Policía Judicial (art. 268.3 C.P.P.).

Las actas y las grabaciones serán enviadas inmediatamente al Ministerio Público, dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de las escuchas que serán depositadas todas (puesto que no se hacen selecciones previas) en su secretaría, junto con las órdenes, autorizaciones o prórrogas, quedando bajo su custodia el tiempo fijado por el Fiscal» (268.4 C.P.P.). Las transcripciones de las grabaciones serán dispuestas por el Juez de *forma completa* (art. 268.7 C.P.P.).

Francia goza de un régimen caracterizado, en este aspecto, como en otras actividades de investigación e instrucción, previstas en el Código Procesal Penal (ver como ejemplo, arts. 81, 151 y 152 C.P.P.), por la delegación continua en la Policía Judicial para la ejecución de la interceptación (76).

En el Código de Procedimiento Penal alemán (StPO), después de señalar la especificaciones de la orden de interceptación (por escrito, nombre y dirección, duración, etc.) [§100 b (2)], tan sólo se recoge el deber de prestar asistencia técnica para llevarla a cabo (77). No hay, por tanto, una disciplina legal de las actividades precisas para la ejecución de la interceptación, con atribución de papeles y responsabilidades a los participantes: Juez, Fiscal, Policía. Quedará al arbitrio judicial quien en todo momento mantiene el control de la medida, la ordenación de las prescripciones necesarias para señalar ejecutores de la grabación, particularidades de la misma (total o parcial), reseña e individualización de las cintas, remisión y custodia, transcripciones, etc.

(76) Como prueba se dice: «El juez de instrucción o el funcionario de policía judicial nombrado por él puede requerir... a todo agente de un servicio u organismo que esté bajo su autoridad o la tutela del Ministro responsable de las telecomunicaciones, o a todo agente cualificado para realizar una explotación de red o como proveedor de servicios de telecomunicaciones para que proceda a la instalación de un dispositivo de interceptación» (art. 100.3). Esta norma habilitante para el Juez de Instrucción o el Policía Judicial que le represente es de gran interés, pues crea la obligación jurídica de forma específica para acatar órdenes en este campo. En su momento volveremos a ella destacando su importancia efectiva. Pero ahora hay que concretar la participación tanto de agentes de la policía judicial como de empleados públicos o privados de empresas explotadoras de los servicios de telefonía en las actividades de interceptación, sin precisarse los locales o dependencias donde tengan lugar éstas.

Continúan las operaciones bajo la dirección (en la práctica) del oficial de la Policía Judicial designado con amplios poderes «levantar acta de cada una de las interceptaciones y grabaciones» con indicación de fecha y hora del principio y fin de aquéllas (art. 100.4). El mismo funcionario de la policía judicial, así nombrado, está autorizado legalmente *para transcribir las comunicaciones útiles para demostrar la verdad*» (art. 100.5).

(77) Incumbe al Post —es decir, Correos, Telégrafos y a la Compañía Telefónica Nacional, en nuestro caso— y «a todo titular de instalaciones públicas de telecomunicación» el facilitar la vigilancia y grabación de las comunicaciones interesadas, al Juez, al Fiscal y a la policía judicial [art. 100 b (3)]. No se solucionan con este precepto todos los problemas generados por la necesidad de asistencia técnica e información complementaria cuando ésta se requiere de empresas operadoras de *redes privadas explotadoras del servicio público*. Los problemas legales surgidos por la falta de constitución de la obligación de asistencia a las empresas privadas concesionarias de la telefonía móvil, en Alemania, han sido de tal alcance que han obligado al Gobierno Federal a aprobar el decreto de 18 de mayo de 1995, para reglar la situación y la modificación del § 100 b (3) StPO, a los mismos efectos por Ley. PT Neu OG de 19 Sep. 4».

En Grecia existe libertad de ejecución, una vez dictada la orden, por parte del órgano que solicitó la medida (autoridad judicial, militar, fiscal o policial). El solicitante, una vez autorizado, llevará a cabo las operaciones precisas, redactándose informes de las mismas, lugar, fecha, modo y el nombre de los funcionarios actuantes, caso de serle exigido. Estos informes se remitirán al Tribunal (art. 5.5).

El Código de Instrucción Criminal belga describe minuciosamente las actividades a realizar para ejecutar la medida. Además de consignarse en la orden motivada de autorización los datos de rigor, asimismo se incluirán los nombres y empleo de los oficiales de Policía Judicial encargados de realizarla, pues únicamente los que ostenten esta calificación están facultados por la Ley para este cometido. Éstos rendirán un informe por escrito cada cinco días sobre el desarrollo de la interceptación (art. 90 quater §1.5 y §3). Igualmente, estos agentes policiales tienen otorgado por la Ley la transcripción y traducción (si fuera preciso) del contenido de las grabaciones, precisándose en las cintas los datos identificativos de su registro. Todo el material y la documentación a que se hace referencia exigiéndose que la transcripción debe ser completa (*intégrale*), será entregado por los comisionados policiales al Secretario del Juzgado (art. 90 sexies).

De forma muy escueta se pronuncia el Código de Procedimiento Criminal holandés sobre las operaciones de ejecución. Sólo se menciona la facultad por la que el magistrado instructor puede ordenar, dado el caso, a un oficial investigador la grabación y asimismo la obligación de éste de redactar in informe dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (art. 125g).

En el resto de los países no está especialmente previsto en la legislación, pero en la práctica son los policías judiciales los encargados de realizar las transcripciones, y remitirlas al Juzgado.

bⁱⁱ) *Derecho español*

Una vez más, al acudir al único precepto legal español que constituye, por el momento, todo el régimen, calificado por algún autor como de «inconstitucional por omisión», nos encontramos con que el artículo 579 LECrim. no contiene absolutamente ningún requisito sobre el control de la ejecución de la interceptación, una vez acordada. Así pues, no queda más camino, como reconoce la doctrina y el auto del T.S. de 18

Jun. 92 (*Caso Naseiro*) «de llevar a cabo una especie de construcción... utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la detención de la correspondencia privada (art. 580 y ss.) y otros supuestos semejantes (entrada y registro domiciliario art. 563 LECrim). Según éstos, cabe que el Juez de instrucción podrá oficiar directamente a la oficina de la Compañía Telefónica para que se practique la intervención acordada (art. 580.2 y 582 LECrim), en cuyo caso el encargado de la misma remitirá el resultado directamente al Juez o bien encomendar la ejecución de la diligencia a las Autoridades y agentes de la Policía judicial (art. 563.1 LECrim), los cuales habrán de dar cuenta de su resultado al Juzgado y al Ministerio Fiscal según los términos previstos en el art. 296 LECrim y obrando siempre con la legalidad en sus actuaciones exigido por el art. 297 LECrim, en la práctica de la diligencia (78).

Parece más lógico que como expertos en la investigación sean los funcionarios policiales los encargados por la Autoridad Judicial de la escucha y grabación de las conversaciones interesadas, para lo cual necesitarán de la colaboración en materia de asistencia técnica (79) de los empleados de las empresas explotadoras de las redes y proveedoras de servicios, tanto de las públicas como de las privadas concesionarias, cuya labor será imprescindible y compleja, a la vez que costosa, a partir de la generalización de los servicios de la telefonía móvil en España (sistema analógico) o con mayor razón por la actual implantación del sistema digital GSM paneuropeo. Dadas las notorias ausencias legales y el amplio margen del arbitrio judicial en materia de investigación, como se dice no reglada, otras actuaciones consecutivas de la interceptación misma son objeto de polémica. Se trata de la remisión al Juzgado de las

(78) Tal como pone de manifiesto la Circular 1/1989, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado (L.O. 7/88 de 28 de diciembre) de la Fiscalía General del Estado, en la fase preprocesal (IV), investigación del Fiscal (B), aun admitiéndose la investigación del Fiscal con todos sus efectos ésta resulta «truncada y limitada, tanto en su contenido, pues ni aun con la autorización judicial podrá realizar por sí determinados actos investigadores (registros, interceptación de comunicaciones) que paradójicamente el Juez puede autorizar a la Policía; como en su culminación, pues el Fiscal debe cesar en su investigación al tener noticias de la iniciación de una actuación judicial».

(79) Según LÓPEZ BARJA, las personas que pueden llevar a cabo la interceptación habrán de ser técnicas pertenecientes a un organismo diferente a aquel que solicitó y obtuvo la autorización judicial», obr. cit., pág. 152. Desde el punto de vista garantista, es irreprochable. Si se pretende la eficacia de la investigación, que no tiene por qué contrariar la imparcialidad y profesionalidad de los agentes, es una traba innecesaria. La inmediatez sobre la información que se desvele a través de la escucha será base fundamental del descubrimiento del delito y autores.

cintas originales o de copias, y a su vez a los hechos investigados, y, por último, sobre la designación de la persona o personas autorizadas para realizar la transcripción de aquéllas, con vistas a su valor probatorio.

b^{III}) *Debate sobre la participación policial*

Como resumen de este epígrafe extraído del análisis del Derecho comparado, y atendiendo a esquemas concretos y bien perfilados, podemos fijarnos en el modelo italiano, en el que el control de las actuaciones de ejecución está en manos del Ministerio Público, primero, y las transcripciones bajo dirección judicial.

Por otro lado, distinguimos varios niveles de protagonismo legal policial, con concesiones explícitas o no en las operaciones de ejecución de la medida. En un primer plano la Ley belga directamente otorga al oficial de Policía Judicial todas las actuaciones de grabación, transcripción y traducción (si fuera preciso), sin más requisitos que llevar a cabo una transcripción completa de los registros y la exacta identificación de los mismos. En segundo término, aunque sin atribución directa de competencias, en el modelo francés, es el mismo oficial de Policía Judicial quien, comisionado por el Juez de Instrucción, está autorizado a seleccionar y transcribir lo útil «para demostrar la verdad». Y en fin, en Grecia, el órgano solicitante de la medida se sitúa en un ámbito de plena libertad de ejecución de la orden o autorización, pudiendo elegir entre sus agentes las funciones de su desarrollo, sin cortapisa o limitaciones legales explícitas.

Se hace exclusión expresa de comentario la ausencia de normas a este respecto en el Reino Unido e Irlanda donde las grabaciones no son fuente de prueba en el proceso penal.

Como término medio, el papel de la Policía Judicial en los países de la U.E. en esta fase es patente con concesiones a ésta de hecho o de derecho en las actividades de ejecución de la interceptación, con una incidencia judicial muy variable.

La mayoría de la doctrina española (80) se muestra inflexible a la hora de exigir a los agentes policiales comisionados la entrega al Juez de

(80) LÓPEZ FRAGOSO, T., insiste en limitar la posible actividad de ejecución de la Policía a la grabación y, en su caso, a la escucha y grabación de las comunicaciones intervenidas», obr. cit., pág. 86, y considera «inadmisibile que sea la Policía la que efectúe las transcripciones», pág. 115.

los *originales* de las grabaciones y nunca de las copias y que el material entregado debe contener *todas* las conversaciones interceptadas. Negándose, por tanto, a tales la posibilidad de efectuar una selección de las mismas en relación a los hechos investigados y menos aún la de verificar transcripción alguna ni cualquier otra manipulación que escape al control judicial.

Pretender apoyar tales interpretaciones en el precepto constitucional (art. 18.3) que protege el secreto de las comunicaciones o en la posición de jueces y tribunales como garantes de los derechos fundamentales (art. 53 C.E.) no puede usarse para urdir asechanzas sobre la actuación policial, tales como que tan pronto escape al control judicial se pueden utilizar los conocimientos adquiridos para realizar extorsiones, para su lucro, para venta a los medios de comunicación o «simplemente» para la creación de «archivos paralelos» policiales (81). No cabe despreciar de forma tan gratuita la misión constitucional de los miembros de las F. y C. de S. sobre la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades (art. 104.1 C.E.) y no se debe olvidar que el mismo deber de secreto sobre los hechos investigados obliga a jueces y policías sancionados en el mismo Código Penal. Estas disonancias, que suponen la descalificación genérica sobre la integridad y profesionalidad de los agentes de la Policía Judicial española, recurriendo a un falso postulado, no encierran más que pura y simple desconfianza en aquéllos, lo que, a decir de lo ya visto, es extraña a los pronunciamientos legales de la mayor parte de los países de la U.E. Frente a esta ocurrencia impertinente se alza más razonado y prudente el análisis del magistrado Hurtado Adrián (82), quien de forma conveniente toma como ejemplo las facultades otorgadas al funcionario

VELASCO NÚÑEZ, E., coincide «en exigir que las cintas originales entregadas al Juez han de contener “todas” las conversaciones injeridas en el orden cronológico y de forma completa en que se han producido» y de que la Policía no seleccione, sino que esta selección de interés para la investigación «sea obra del juez», obr. cit., pág. 266.

(81) Ésta es la opinión de López Fragoso, T., que asume lo ideado por Asencio Mellado, J. M.: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid, 1989, pág. 102, al que cita. Ver obr. cit., pág. 87.

(82) Ver este autor obr. cit., pág. 175, que a propósito de las sospechas de manipulación de las cintas u otras conductas irregulares e incluso delictivas, como las apuntadas más arriba, le sugiere que «dar entrada a una sospecha basada en una genérica desconfianza en todo aquel funcionario policial que esté encargado de una investigación, lo cual supone una inversión de una serie de principios que juegan en el proceso penal». Siguiendo el previsto planteamiento, se dudaría de su testimonio en la vista oral y *mutatis mutandi* podría aducirse lo mismo de cualquier testigo, que como el agente policial no tenga interés en el procedimiento, quebrándose la presunción de veracidad de que goza todo ciudadano.

de Correos en el examen y selección de la correspondencia (art. 580 y ss. LECrim) y que no se pueda, en su misma virtud, conceder a los miembros de la Policía Judicial que han ejecutado materialmente la medida, la continuidad, merced a su intermediación, de seleccionar de lo escuchado lo que guarde interés por la causa y, caso de no poderse aportar los originales, presentar las copias igualmente identificadas y reseñadas.

La jurisprudencia ha tratado también estos aspectos, y el paradigmático Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 reserva al Juez que dictó la orden de interceptación el pleno control de su desarrollo «en el sentido de ordenar que se entreguen tan pronto como sea posible en el Juzgado los soportes originales físicos en los que consten las conversaciones intervenidas... para tomar las correspondientes decisiones y poder realizar con carácter exclusivo y excluyente de manera inmediata la selección de las conversaciones intervenidas y grabadas, desechando aquellas que no afecten al objeto de la investigación... y la obligada presencia del Secretario Judicial» (F.D. Quinto). Más tarde la jurisprudencia es unánime sobre los puntos cuestionados, diciendo que «en ningún caso se puede encomendar la manipulación técnica y la selección de las conversaciones a los policías que realizan materialmente la intervención telefónica» (83).

No obstante la consagración de la doctrina profesoral y jurisprudencial (84) instituyendo un control judicial omnipresente en actividades complementarias de la mera interceptación, me atrevo a apuntar lo que la propia Audiencia Nacional ha calificado como de «judicializar al máximo la ejecución de la medida..., sin necesidad alguna» (85).

(83) Este último inciso fue refrendado con exactitud por las SS. del TS, de 13 de febrero, 14 de junio, 25 de junio de 1993 y 25 de marzo de 1994. Y la doctrina construida por el A. 18 Jun. 92 se ha convertido en regla insoslayable. Insistiéndose de forma monolítica por el T.S. en los aspectos complementarios de la grabación: remisión íntegra y original de la misma por la Policía Judicial al Juez; selección del material útil por éste, de forma exclusiva y excluyente. Así, las SS. de 17 de octubre de 1992; 25 y 29 de junio de 1993; 31 de octubre, 17 de noviembre, 23 de diciembre de 1994 y 12 y 20 de enero y 6 de febrero de 1995, llegándose en estas cinco últimas a la mera reproducción idéntica de los requisitos ya acuñados como régimen procesal.

(84) Ver un compendio de los requisitos en la fase de ejecución de la interceptación y resumen de la doctrina general sobre el régimen legal español consolidado en la jurisprudencia en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «Esquema general del régimen legal de las intervenciones telefónicas». *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 88 de 11 de febrero de 1993 y SOTO NIETO, F.: «La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas». *Rev. La Ley* n.º 3783, de 19 de mayo de 1995.

(85) Ver S/A. Nacional de 27 de septiembre de 1994, Sec. 3.ª, Sala de lo Penal SM 18/90 (*Caso Nécora*) FD 47. Partiendo del reconocimiento admitido en la práctica,

Queda pendiente el más delicado asunto de las transcripciones de las grabaciones efectuadas. Desde luego, nada hay previsto en el art. 579 LECrim, como tantas veces se ha repetido. Y al recurrir a otras condiciones generales de autenticidad con vistas al valor probatorio ulterior (ya que las cintas son fuente de prueba como documento fonográfico) se exige ineludiblemente que sea el fedatario legal en el proceso penal (el Secretario Judicial, art. 281.1 y 473 L.O.P.J.) al que única y exclusivamente le corresponde advenir la fidelidad de las

incluso por la S/TS de 25 Jun. 93 de que «la técnica de intervención telefónica y su seguimiento continuado dificultan la permanente atención del Juez a la forma en que se desarrolla. Los Juzgados carecen de posibilidades materiales para instalar las escuchas y para realizar un control integral de las conversaciones mantenidas, por lo que de momento se debe encomendar su práctica a las unidades de la policía judicial...» (FD 12, 4.º pfo.), resulta pretencioso y voluntarista requerir la presencia continuada del Juez o Secretario judicial para validar la autenticidad de cada paso por insignificante que éste sea. Pretender amparar en la reserva judicial de carácter constitucional y de legalidad ordinaria el control efectivo de todas y cada una de las actividades que comporta la interceptación incluso «hasta en detalles aparentemente menores», como dice GARCÍA VALTUEÑA, E. (obr. cit., pág. 338) o la pretensión del conocimiento por el juez de instrucción, de la técnica empleada en la intervención, como solicita MARTÍN MORALES, R. (obr. cit., pág. 114-115), rebasa con mucho las funciones propiamente jurisdiccionales, sin que ello suponga menoscabo de la capacidad científica del juez instructor, que por otro lado en el campo técnico no le es exigible. La misma exigencia plantea MONTÓN REDONDO, A. en «Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas». *Revista La Ley*, 21 nov. 95, pág. 4. En el caso de practicarse una escucha, p.ej., en teléfono público sobre varias personas en materia de narcotráfico, apurando el plazo máximo y concesión de prórrogas, las conversaciones pueden ocupar decenas de horas de grabación. Son recogidas en cintas *master* de larga duración. El control bajo presencia del Secretario Judicial de la regrabación o repicado de todo el material así acumulado en cintas cassettes puede entenderse como una muestra de paroxismo garantista. Vista la STS de 25 Jun. 93 que las interceptaciones autorizadas judicialmente, solicitadas por un Fiscal Jefe de un Tribunal Superior de Justicia, se complementan por su parte con la selección de pasajes y transcripción de los mismos realizados por la policía, según sus instrucciones, y que éstas resulten improcedentes y nulas, debe ser frustrante para quien tiene por misión «promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley» (art. 435 L.O.P.J.). Es decir, para el Ministerio Fiscal y para los agentes policiales que dependen de él en todas las actuaciones que le encomiende (art. 444 L.O.P.J.). Conocidas las limitaciones de la actividad investigadora del Fiscal en el proceso penal español es imposible acercarse al modelo italiano. Constatada la ausencia de facultades de la Policía Judicial de propia iniciativa en la LECrim y la corriente estigmatizante actual hacia la Policía Judicial española, es inalcanzable el modelo francés. Aunque nos daríamos por satisfechos con que la dependencia judicial de la Policía Judicial «en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente...» (art. 126 C.E.) surtiera verdaderamente sus efectos, en general y en particular aquí, sobre su contribución en la instrucción del proceso penal.

transcripciones, siendo inadmisibile que sea la Policía la que efectúe las mismas (86).

3. Control *a posteriori*

a) *La notificación al interesado*

Una vez finalizada la vigilancia de las comunicaciones sobre la persona o personas determinadas, de la que naturalmente, en pro de la eficacia de la medida, no se les ha dado conocimiento de su adopción, nace, para restablecer la restricción del derecho fundamental practicada a través de la injerencia, la obligación de comunicar o notificar al interesado/s todo lo actuado, para que ejerza su control de legalidad, en base a los recursos que considere oportunos. El derecho de defensa debe ser restablecido tan pronto los resultados hagan cesar la ejecución de la medida. Este derecho a ser informado puede ser exigido a través del artículo 6.3 de la C.E.D.H., en relación con el artículo 8 del mismo texto.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 (*Caso Klass y otros*) reconoce que «... si no se le informa de las medidas tomadas sin su conocimiento, el interesado no puede, generalmente, en principio, constatar retrospectivamente la legalidad de la actuación» (87).

(86) *Reiteradísima jurisprudencia*: SS/TS 25 de junio; 5 octubre, 14 de noviembre de 1990; 21 de febrero de 1991; A/TS 18 de junio de 1992; S. 17 de octubre de 1992; 29 de junio de 1993; 6 de junio de 1994; 31 de octubre de 1994 entre otras.

Puesto que la remisión de las grabaciones debe ser *íntegra*, la transcripción corre a cargo de la Policía Judicial (S. 14 nov. 90 y 21 feb. 91) y el Secretario Judicial *realiza el cotejo* cinta-transcripción, dando fe de la autenticidad de lo transcrito, deberán evitarse trabajos inútiles por la Policía Judicial y transcribir sólo lo seleccionado por el Juez previa audición de todo el material enviado. Lo cual, según el A/TS 18 jun. 92 resulta perfectamente plausible, ya que «no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas de conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de los expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione en la forma que estime oportuna lo que interesa a la investigación...». Es decir, que el Juez decidirá oídos los «expertos» que no son otros que los agentes que han escuchado la grabación lo que resulta de interés para la causa: Resulta muy difícil, en la práctica, llegar a una conclusión distinta de la de los «expertos» aun escuchando horas y horas de grabación por el Juez en presencia del Secretario.

(87) Este Tribunal tiene sentado que: «La publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el artículo 6, párrafo 1, protege a las partes contra una

La recomendación R(95) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 7 de febrero de 1995, sobre protección de datos de carácter personal con especial atención a los servicios telefónicos, se detiene, entre las recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros, en los derechos del ciudadano sometido a la interceptación de sus comunicaciones y garantías que las autoridades públicas, sujetos activos de la violación legal y los responsables de la explotación y suministro de los servicios telefónicos deben respetar, debiendo tales recomendaciones y derechos ser incorporados a las reglamentaciones nacionales (88).

a¹) *Derecho comparado*

Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Bélgica, Finlandia, Grecia (potestativo), Luxemburgo, Portugal y Holanda (esta última en el futuro, sujeta a condiciones de seguridad nacional) reconocen que existe legalmente esta obligación, debiendo salvaguardar al mismo tiempo el secreto de la investigación. España no tiene un reconocimiento legal expreso, sino que, como veremos, es preciso deducirlo de otros preceptos para considerarlo incluido como una manifestación más del derecho de defensa.

En este aspecto la legislación de la República Federal de Alemania ha sido objeto de una revisión constitucional, de 24 de junio de 1968, que modificó el art. 10.2 de la Ley Fundamental. Una impugnación posterior motivó la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de 15 de diciembre de 1970, que declaró contrario a la Constitución alemana que por ley se autorizase la no comunicación al interesado de la intervención de sus comunicaciones, para el caso de delitos relacionados con la seguridad del Estado Federal o de los federados. En la actualidad, en el régimen propio de la investigación del delito común, la ley de 17 de julio de 1992 modificó el StPO, y en su §101 «Comunicación» se prescribe que la vigilancia y grabación de las telecomunicaciones «se comunica-

justicia secreta que escape al control público, constituye así uno de los medios de preservar la confianza en Jueces y Tribunales». SS/T.E.D.H. de 8 de diciembre de 1983 (*Caso Pretto y otros*) y de la misma fecha (*Caso Axen*), párrafos 21 y 25 respect. B.J.C. n.º 44. Dic. 1984 (págs. 1490-1507).

(88) Recommandation N.º R (95) 4 du Comité des Ministres aux états membres sur protection de données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications en égard notamment aux services téléphoniques, adoptée par le Comité de Ministres le 7 février 1995. Punto (2.5).

rán a los implicados, siempre que no se ponga en peligro el objeto de la investigación, la seguridad pública, la integridad o la vida de una persona y la posibilidad de actuaciones posteriores de agentes investigadores que no actúen abiertamente». Como vemos, la notificación al interesado está sujeto a todo un elenco de consideraciones previas excluyentes, alguna de ellas representada por un concepto tan indeterminado como es «la puesta en peligro de la seguridad pública» cuestión que por sí sola puede constituir un valor polivalente difícilmente objetivable para obviar la notificación sobre la injerencia de unas determinadas comunicaciones, una vez practicada. La notificación en Austria será inmediata, después de la vigilancia, salvo puesta en peligro de la finalidad [art. 149b(4)].

La legislación italiana no somete a condiciones el aviso a la defensa de las partes de inmediato (dentro de los cinco días de la conclusión de las interceptaciones o no más tarde de que el juez concluya las investigaciones preliminares) para que puedan proceder a «examinar las actas y escuchar las grabaciones» (art. 268.6 C.P.P.), pudiendo extraer copia de las transcripciones y de las cintas (art. 268.8 C.P.P.). La «Comisión Nacional para la Protección del Secreto de las Comunicaciones» en Grecia es el órgano que «podrá decidir» la notificación a los afectados una vez finalizada la medida y cuando no existe riesgo para la investigación (art. 5.9). Se trata, por tanto, de una «coparticipación» del órgano parlamentario en la instrucción del proceso penal y de un obstáculo facultativo al derecho de defensa del (los) interesado(s).

Dinamarca da vida en su legislación a una institución singular que —en mi opinión— supone un verdadero acierto para solucionar de forma jurídicamente satisfactoria el problema de mantener el secreto de la investigación policial-judicial, garantizándose al mismo tiempo la defensa de los derechos del interesado. Se trata de que «antes de que el Tribunal emita su orden (de interceptar las comunicaciones), se nombrará a un abogado para la defensa de la persona a quien corresponde la intervención y al abogado de la defensa se le dará audiencia» [Sec. 784 (1)]. Este abogado defensor «en la sombra» será nombrado de una lista especial confeccionada por el Ministerio de Justicia, quien establecerá las normas referentes a su servicio [Sec. 784 (2)]. Este letrado será informado de todas las reuniones del Tribunal sobre el caso que le está confiado y tiene derecho a participar en ellas y a tener acceso al material que vaya proporcionando la Policía. En caso de duda sobre alguna materia estrictamente confidencial, decidirá el Tribunal. El letrado no

debe revelar a nadie la información recibida, ni tener contacto con la persona intervenida, sin autorización de la Policía [Sec. 785(1)]. De esta forma se garantiza un control simultáneo de la medida en su defensa (89). En Finlandia puede diferirse la notificación hasta el sobreseimiento o formulación de acusaciones, en su caso (Sec. 29).

En la ley belga se previene que, lo más tarde en el momento de finalizar la fase preparatoria del proceso penal toda persona que haya sido objeto de una interceptación debe ser notificada de la medida a que ha estado sometida, y datos de su ejecución, así como de los lugares, horas y días en los que estarán a su disposición las grabaciones para oír las y tomar conocimiento de las copias transcritas en el expediente. No existe obligación de informar a los interesados sobre las interceptaciones que les afectan en la reciente legislación francesa, ni en el Reino Unido, Irlanda o Suecia. La notificación puede ser retardada un año en Luxemburgo. En Portugal la comunicación depende de los resultados de la investigación judicial (art. 188.4 C.P.P.). Pero una vez cesada la medida, el acusado y su defensa podrán examinar las actuaciones y obtener copias de las grabaciones con gastos a su cargo (art. 188.3 C.P.P.).

aⁱⁱ) *Derecho español*

En el caso español la obligación jurídica de comunicar al interesado el auto por el que se ha acordado la intervención de su teléfono o teléfonos relacionados con su actividad y la puesta a disposición de la defensa de las grabaciones y las condiciones en que fueron ejecutadas, hay que deducirlas de los derechos que le asisten al imputado en virtud del art. 118 y 302.2 LECrim, por los que cualquier imputado, en general, podrá personarse en el proceso, tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias que se practiquen. Naturalmente que, para no comprometer la eficacia de la medida, es decir, la puesta en peligro de la finalidad de la investigación, esta obligación quedará diferida al mo-

(89) El control será ejercido por este defensor, nombrado a tal efecto, de tal forma que «a partir de la terminación de una intervención en el secreto de las comunicaciones se dará notificación», dándole cuenta además del delito imputado al sospechoso, al propietario del teléfono y los lugares o locales injeridos. El Tribunal dará cuenta de la intervención en el plazo de 14 días, si la Policía no solicita una prórroga o posponer la notificación. De todo ello estará informado el letrado defensor. Si el Tribunal, a petición de la Policía y por causas de ocasionar perjuicios a la investigación cuestionara la fecha de la notificación, se escuchará al letrado defensor (Se. 788).

mento de conclusión de las interceptaciones, y para que tales objetivos sean compatibles en la fase instructora deberá acordarse por el Juez el previo o simultáneo secreto de sumario (art. 302 LECrim) (90).

b) *Órganos de apelación. Recursos*

La existencia de órganos jurisdiccionales o administrativos ante los cuales pueden hacerse valer los recursos de las personas que en el ejercicio de su derecho al secreto de sus comunicaciones lo consideren violado por la autoridad pública, es normal en el marco de las medidas de control de la injerencia *a posteriori*. Así lo reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia tan aludida por lo instructiva sobre el *Caso Klass y otros*, cuando dice: «De hecho bajo el artículo 8 los demandantes se querellan por lo esencial de que el interesado no es siempre informado después de levantar la vigilancia y no se encuentra, pues, en situación de ejercer un recurso efectivo ante los tribunales» (pfo. 57). Así es, pues el artículo 8 del C.E.D.H. por el que se protege el respeto de toda persona a su vida privada y de su correspondencia, nos interesa ponerlo en relación con el art. 13 del mismo Convenio, por el que se garantiza el «derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional por parte de aquellas personas, cuyos derechos y libertades reconocidas en el texto internacional hayan sido violados, apostillándose significativamente, «incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

El tema no sólo tiene una vertiente jurisdiccional, pues la prosperabilidad de un recurso por parte del sospechoso puesto bajo escucha ante tribunales de apelación, con base en violación de derechos fundamentales, acarrearía necesariamente la invalidación del efecto probatorio, de ser reconocido así en el derecho interno de cada país, y la contaminación de otras pruebas que tienen el mismo origen, según la doctrina co-

(90) No obstante la debida justificación de la declaración del secreto sumarial, éste resulta ser una excepción a la garantía institucional de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 C.E.).

Este principio y su coordinación con el derecho de defensa de las partes exige que: «... bien en fase sumarial o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia...». SS/T.C. 13/1985, de 31 de enero y 176/1988, de 4 de octubre. FJ 3 en ambas.

nocida como «los frutos del árbol envenenado» (*fruit of the poisonous tree doctrine*) (91). Así pues, la implicación del trabajo policial es evidente. En general, todos los países, sobre todo aquellos en los que la medida de interceptación de las telecomunicaciones tiene finalidades probatorias, se reconocen los recursos ordinarios ante los órganos jurisdiccionales competentes. Veremos, pues, algunas peculiaridades.

b) *Derecho comparado*

En Alemania, por ejemplo, cabe ejercitar el recurso de queja (§304 StPO) frente a la resolución que acuerde la medida, pero como señala López-Fragoso (92) dicho recurso sólo podrá interponerse mientras la medida está vigente, por lo que en la práctica será inoperante, por haberse agotado los plazos previstos en el momento de la notificación.

En Dinamarca será el letrado defensor «en la sombra» quien ejercerá los recursos pertinentes, por las violaciones observadas *durante* el desarrollo de la interceptación, pues el Tribunal debe notificarle todas las actuaciones y resultados [Sec. 746(1)].

En Francia la legislación desprovee expresamente de este tipo de recursos ante los tribunales. ¿Cómo es posible? Pues se infiere que la finalidad de la escucha no encierra en su naturaleza posibles efectos probatorios. Podemos deducirlo de la motivación de la resolución judicial que se resume en «cuando las necesidades de información lo requieran» (art. 100 C.P.P.) y de la misma ubicación del legislador bajo la rúbrica que pasa a denominarse: «Traspasos, transportes, indagaciones, embargos e interceptaciones de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones». Parece que el carácter de fuente de prueba es descartable. Pero es la propia Ley la que excluye la posibilidad de recursos

(91) El art. 271 C.P.P. italiano aplica esta doctrina al caso particular de las intervenciones telefónicas disponiendo que «los resultados... no podrán sere utilizados cuando los mismos hayan sido realizados fuera de los casos admitidos por la Ley». El art. 191 de este Código expresa esta doctrina de forma general. En nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal el art. 297 previene contra la ilegalidad del *modus procedendi* en las investigaciones de la Policía Judicial, y el art. 11.1 L.O.P.J. como doctrina general.

Sobre la prueba obtenida ilegalmente aplicada a las intervenciones telefónicas, ver López-Fragoso Álvarez, F.: obr. cit., págs. 94 y ss. López Barja de Quiroga, J.: obr. cit., págs. 82 y ss., y Asencio Mellado, J. M.: obr. cit., págs. 75 y ss. Así como la trascendental S/TC 114/1984 de 29 de noviembre, con mención del Derecho norteamericano, francés e italiano, además de, por supuesto, el español (FD 2, 3, 4 y 5).

contra la resolución judicial de interceptación. Así: «No tiene (la interceptación) carácter jurisdiccional y no es susceptible de recursos» (art. 100 C.P.P. final). Las carencias sobre la notificación al interesado y el subsiguiente recurso constituyen las grandes quiebras en el sistema de *garantías* de los ciudadanos respecto del «secreto de la correspondencia emitida por medio de las telecomunicaciones» tan pomposamente proclamado en su art. 1 (93). Por este motivo ofrece serios visos de «patente de corso» las excepciones legales previstas: «Este secreto no puede quebrantarse más que por la autoridad pública, sólo en casos de interés público previsto por la ley y en los límites fijados por ella» (art. 1).

El Reino Unido, cuya legislación ya hemos tenido ocasión de comentar anteriormente, en cuanto al carácter extraprocesal de las interceptaciones de las comunicaciones (ver III.A), no reconoce a sus ciudadanos el derecho a ser notificado sobre la medida, por lo que resulta especialmente chocante que prevea una especie de acciones públicas contra una práctica ilegal: «Cualquier persona que crea que las comunicaciones enviadas a él o por él hayan sido interceptadas durante el curso de su transmisión por correo o por medio de un sistema público de telecomunicaciones puede solicitar una investigación al Tribunal (94) acogiéndose a esta sección» (Sec. 7, Subsc. 2).

(92) Ver este autor: obr. cit., pág. 131 y nota 279.

(93) La pregunta es obligada: ¿qué clase de control de legalidad sobre el fondo de la motivación judicial y en cuanto a la observación de los límites puede hacerse? habida cuenta de que no existe notificación al interesado y se le niegan los recursos oportunos. Los presumibles abusos no podrán ser corregidos por los ciudadanos afectados. En este importante aspecto se ha desatendido el Convenio Europeo de derechos Humanos y el fallo condenatorio para Francia en los *Casos Huig y Krustin* (Ss. de 24 de abril de 1990) que debieron constituir referencia obligada para la gestación de la ley que vio la luz un año más tarde.

(94) El Tribunal abrirá una investigación. Pero ¿qué carácter tiene este Tribunal?, ¿quiénes lo componen?. «El tribunal estará compuesto por cinco miembros, cada uno de los cuales será un abogado cualificado con un mínimo de experiencia en tribunales de diez años» [Apéndice 1, Sec. 1, Subsc. (1)]. Estos miembros serán designados mediante Cartas de Privilegio por Su Majestad, por cinco años, con posibilidades de reelección, su destitución puede tener lugar a petición propia o a propuesta de las Cámaras del Parlamento (apéndice 1, Sec. 6, Subsc. 2, 3, 4 y 5). El funcionamiento de este Órgano gubernativo está previsto en la ley, y en concreto, el resultado de la investigación provocada por la denuncia, para cuyo procedimiento «se aplicarán los principios propios de un juzgado sobre una solicitud de revisión judicial» [Sec. 7, Subsec. (4)] — el resultado decimos— caso de que se llegue a la conclusión de que se hayan contravenido las reglas (presupuestos, requisitos de ejecución, límites, etc.), será redactar un informe para el demandante, otro para el Primer Ministro y «si lo considera adecuado» se dictará una «sentencia» —el entrecorillado es mío—. La sentencia puede tener uno

En Grecia, como se ha dicho, la nueva Ley de 1994 crea un órgano denominado «Comisión Nacional para la Protección del Secreto de las Comunicaciones», su constitución es de carácter y composición parlamentaria, con amplios poderes de supervisión. Pero a los efectos que aquí interesan reconoce que tiene encomendada la protección constitucional del derecho de los ciudadanos (art. 19) y el control y el cumplimiento de las condiciones de la autorización acordada por una autoridad judicial (art. 12). Este sistema griego en el que la decisión sobre el levantamiento del secreto de las comunicaciones privadas es privativa de la Autoridad Judicial y la vigilancia de su cumplimiento es de competencia de una comisión parlamentaria, crea una fuerte distorsión del régimen de control que, además de originar disfunciones jurisdiccionales, repercute en detrimento del derecho a defensa de los sujetos pasivos de la medida (95).

En el caso de Irlanda existe un complicado sistema de control de las interceptaciones autorizadas que opera en dos niveles. Un control general denominado por la Ley de «Revisión del procedimiento» (Sec. 8) que reside en un juez del *High Court* designado por el Gobierno para vigilar el cumplimiento de la legalidad de las autorizaciones concedidas, elaborando un informe anual para el Primer Ministro (*Taoiseach*). El efecto de tal revisión de interés para la eventual persona vigilada indebidamente se traduce únicamente en la cancelación de la autorización.

En un nivel más próximo a la persona afectada por la medida se instituye el Árbitro de las Quejas (*Complaints Referee*) (Sec. 9) designado por el Primer Ministro (*Taoiseach*) entre los jueces de *Circuit Court* o *District Court* o abogado de más de diez años de ejercicio profesional. Cualquier persona que crea que sus comunicaciones han sido intercep-

o más de los puntos siguientes: anular la orden de interceptación, ordenar la destrucción del material interceptado u ordenar al Ministro del Interior que pague al demandante una suma en concepto de indemnización. Como puede observarse, las garantías son mínimas, la restitución de la violación del secreto está sujeta a sucesivas condiciones o alternativas. Las responsabilidades penales para autoridades públicas o funcionarios son de difícil sustanciación, habida cuenta de las eximentes previstas en la propia Ley. En el mejor de los casos, la civil del Estado.

(95) No se atenúa esta opinión por mucho que la Ley griega añada que: «En los casos de los artículos 3 (levantamiento del secreto por razones de seguridad nacional), 4 (por razones de investigación criminal) y 5 (procedimiento), la Comisión realizará solamente el control de las condiciones para el levantamiento del secreto, sin controlar el criterio de los órganos judiciales competentes» (art. 2.2). Sin ir más lejos, se atribuye la decisión sobre la notificación a los afectados (art. 5.9), con lo que restringe el derecho de defensa e interfiere en el proceso penal.

tadas (no hay notificación) en el curso de una transmisión a través de *Post or Bord Telecom Éireann* (Correos y Telefónica) puede dirigirse al Árbitro para que investigue el asunto [Sec. 9(3)]. Los resultados de la investigación para el caso de que constate una infracción de Ley en el procedimiento de concesión o la inexistencia de delito grave, no son en absoluto satisfactorios (96). Sobre todo, si se tiene en cuenta que aun verificándose cualquier vulneración legal no podrá iniciarse ningún litigio en el procedimiento [Sec. 9.(1)], que las decisiones del Árbitro son inapelables [Sec. 9(9)] y que en ningún caso las resoluciones podrán servir de base para ejercer una acción por violación de un derecho constitucional [Sec. 9(1)].

En Luxemburgo, dentro del año siguiente al cese de la interceptación o en el momento de ser interrogado como inculpado, se le notificará, a la persona sometida a la interceptación, el resultado de las injerencias, pudiendo desde ese momento tener acceso él y su defensor a las grabaciones y plantear los recursos oportunos ante la Sala de Consejo del Tribunal de Distrito. En Austria, en un plazo de catorce días desde la notificación, el fiscal, el titular de la instalación y el inculpado podrán recurrir la orden ante el Tribunal de Segunda Instancia [StPO 149b(5)].

No previene la Ley belga ninguna innovación específica en este apartado, por lo que los recursos y Tribunales de Apelación serán los previstos en la ley procesal (arts. 407-447 bis C.I.Crim.) excepto el informe parlamentario anual que en materia de interceptaciones debe rendir el Ministro de Justicia (art. 90 decies).

bⁱⁱ) *Derecho español*

En España, es de aplicación la genérica impugnación contra los actos instructorios, desde el auto por el que se acuerde la interceptación hasta cualesquiera otras resoluciones concomitantes o sucesivas con

(96) En todo caso, los resultados de la investigación que lleve a cabo el Árbitro de Quejas irlandés pueden consistir en: a) notificar la conclusión por escrito al denunciante; b) redactar un informe para el Primer Ministro, y c) *si lo estima oportuno*: cancelar la autorización, ordenar la destrucción de las cintas grabadas, o recomendar el pago de una cantidad en concepto de indemnización [Sec. 9(5) y (6)].

Por otro lado, las condiciones de trabajo del Árbitro dependen por entero del Ministro de Justicia, en cuanto a período de designación para el cargo, remuneraciones y asignaciones de gastos aunque para su cese el Primer Ministro necesita la aprobación del Congreso y el Senado (*Dáil Éireann and Seanad Éireann*) [Sec. 9(2)(f)].

aquella en la que se limiten los derechos del imputado. Naturalmente que la condición previa para ejercitar los recursos de forma, súplica, queja o apelación oportunos, será la adquisición del conocimiento de las resoluciones relativas a la ejecución de la medida.

Cabe resaltar, en general, dos cuestiones: la primera, distinguir dos campos atacables en el objeto del recurso, uno sobre la autenticidad objetiva, es decir, la acreditación de la identidad de grabaciones y sus transcripciones (aquí vuelve a tener importancia el crédito de su autor: Policía o Secretario Judicial) (97); y otra sobre la autenticidad subjetiva que versará sobre la identidad de las voces (ausencia de manipulación de las grabaciones, originales o copias, etc.), que redundará, en suma, en una prueba pericial de cotejo de voces.

c) *Depósito y destrucción de las grabaciones*

Una de las consecuencias inmediatas al conocimiento por los afectados (imputados o no) de haber estado sometidos a la interceptación de sus comunicaciones es el ejercicio del derecho de pedir la destrucción de las informaciones que a su juicio hubieran transgredido la legalidad, por no respetar los presupuestos o requisitos exigidos. Los sujetos pasivos de la medida podrán analizar las grabaciones y pedir la destrucción de conocimientos superfluos, impertinentes o inútiles para la causa. Puede que parte de «lo grabado» sea improcedente por no guardar relación con la investigación origen de la medida o por estar protegidos por la intimidad personal o familiar o por el secreto profesional. En todo caso, el material intervenido y más tarde el declarado pertinente deberá estar debidamente custodiado y ser destruido transcurridos los plazos legales de utilidad a la causa.

(97) Por lo que respecta a España, la Policía Judicial aporta la totalidad de las cintas grabadas, y las transcripciones para que el Secretario las coteje, y si se verifican por éste, éstas resultan autenticadas. SS/TS 14 oct. 90; 21 feb. 91; 6 jun. 94; 31 oct. 94, entre otras. Si la transcripción es sólo de las cintas seleccionadas por la Policía Judicial, o resumen de las escuchas, no constituirían más que meras denuncias, al no poder ser averdadas por el Secretario Judicial en su totalidad. SS/TS 5 oct. 90; 29 jun. 93; 11 oct. 93; 25 mar. 94; 4 abr. 94, entre otras.

c¹⁾ *Derecho comparado*

En el derecho alemán la custodia del material objeto de la interceptación está encomendado al Ministerio Fiscal antes de ser incorporado a la causa y notificado a los afectados [§101 (4) y (1) StPO]. Y cuando no sea útil al procedimiento será entregado a sus destinatarios [§101 (2) StPO]. Una vez que «la documentación producida en aplicación de estas medidas (las interceptaciones) ya no fuese necesaria para la acción penal deberá ser destruida inmediatamente bajo la supervisión del Ministerio Fiscal. Deberá levantarse acta de dicha destrucción» [§100 b (6) StPO].

En Italia, «las grabaciones serán conservadas hasta que la sentencia no esté ya sujeta a impugnación» (art. 269.2 CPP); esta conservación de actas y grabaciones dependerá del Ministerio Público que haya dispuesto la intervención (art. 269.1 CPP), aunque bajo control judicial, pues salvo en el caso que constituyan piezas de convicción, si tal documentación no es necesaria para el procedimiento los interesados podrán pedir su destrucción, en cualquier momento del procedimiento. El juez decidirá en sesión de Consejo (arts. 269.2 y 271.3). En caso de que se acuerde la destrucción ésta se realizará bajo control del Juez, redactándose un acta (art. 269.3).

Se rompe el esquema precedente en la legislación francesa. No podría ser de otra manera. Recordemos que no existe obligación de comunicar la interceptación al interesado. No se conceden recursos y, por tanto, el sujeto pasivo queda al margen del eventual control *a posteriori* de los resultados. Ni puede escuchar las grabaciones, ni en consecuencia puede pedir la destrucción de las que le resulten inconvenientes, o ajenas a la causa investigada. No ejerce ningún control de legalidad sobre la medida (98). Así, pues, se dice con la ley de 1991 que «las grabaciones se destruyen a instancia del Procurador de la República o del Procurador General, al finalizar el plazo de prescripción de la acción pública. Se levantará acta de la operación» (art. 100.6 C.P.P.). Todo queda en manos y criterios de los órganos y autoridades oficiales. El secreto de las comunicaciones privadas, garantizado en el artículo 1 de la Ley, tam-

(98) LECLERC, H., se pregunta a este respecto: «Comment vont-elles (les personnes indûment écoutées) obtenir la destruction des bandes avant l'expiration du délai de prescription de l'action publique? Comment pourront-elles se prémunir contre l'utilisation de ces bandes à des fins non prévus dans l'autorisation d'origine du juge d'instruction? Tout cela reste flou et incertain». Obr. cit., pág. 23.

bién se expresa condicionado «a los límites fijados por ella». Pueden tacharse éstos de extraordinariamente gravosos para el titular del derecho que se dice garantizar, ya que se gestiona sin su participación.

Debido al carácter administrativo ya comentado de la interceptación de las comunicaciones privadas en el Reino Unido, la naturaleza del control y el grado del mismo es absolutamente de libre disposición de la Autoridad administrativa que da la orden (el Ministro). En efecto, después de la retórica rúbrica de *Garantías* (99), éstas quedan para su señalamiento y vigilancia en todo momento en manos de la Autoridad, para como colofón añadir que «cada copia hecha de cualquier material se destruye cuando deje de ser necesaria su retención» [Sec. 6, Subsc. (3)]. Para estimar esa «necesidad» se remite a la consideración previa en función de la finalidad perseguida (seguridad nacional, delitos graves, bienestar económico del Reino Unido) que deberá valorar, por supuesto, el Ministro.

Una destrucción anticipada de las grabaciones y transcripciones escritas se prevé en Austria, en el caso de estimarse los recursos del titular de la instalación o del inculpado [art. 149 (b) 5 StPO]. Se deduce que en otro caso se seguirán las reglas generales para conservación de piezas de convicción. La Ley griega dispone que en el caso de que sirvan de prueba para el enjuiciamiento del delito investigado se unirán a la causa. En otra circunstancia se destruirán ante la autoridad que ordenó la interceptación (Tribunal), redactándose un acta, a menos que la Comisión de Protección hubiese decidido notificar al interesado, en cuyo caso se le hará entrega del material (art. 5.9).

El magistrado instructor en el proceso penal holandés hará destruir a su presencia, «tan pronto como sea posible», tanto la información que le haya suministrado el explotador de la red como el oficial investigador al que le ha encomendado la grabación. Redactándose un informe sobre su destrucción sin demora (art. 125 h). No se especifican más operaciones.

La ley danesa permite la destrucción de las grabaciones si de su resultado no se tiene base para formular una acusación o, una vez presentada, ésta se retira. La Policía notificará al letrado «en la sombra» la

(99) Las mencionadas garantías (*safeguards*) no son sino reglas de confidencialidad de la información obtenida mediante la interceptación con el grado de reserva y niveles de acceso de los órganos de explotación y análisis de aquélla. Son, pues, medidas de carácter interno de las que tan sólo remotamente puede beneficiarse el interesado (Sec. 6).

destrucción verificada [Sec. 791 (1)]. La destrucción, en todo caso, será decidida por el Tribunal, una vez escuchada la Policía y el abogado defensor «en la sombra» del sujeto intervenido [Sec. 792 (2)]. La destrucción será inmediata, en el caso de las intervenciones conocidas a través de sacerdotes, médicos, procuradores y abogados los cuales, en calidad de testigos, puedan haber tenido relación con el ejercicio de su profesión, salvo que sean ellos las personas inculpadas [Secc. 793(3) en relación a la Sec. 170]. *De iniciativa propia la Policía está autorizada a destruir el material interceptado que parezca no ser importante a efectos de la investigación* [Sec. 793(4)] (100).

El resto de países contienen disposiciones legales o reglamentarias menos explícitas por las que previene que el depósito y la destrucción de las grabaciones estarán bajo control judicial, quien supervisa por sí o por su Secretario su inutilización en el plazo marcado o al arbitrio judicial. Como peculiaridad, se cita el Código de Instrucción Criminal de Luxemburgo en el que se distinguen dos casos respecto a la destrucción de las grabaciones, en función de sus resultados. Si, en principio, la escucha ha dado resultado negativo seán destruidas por orden judicial en un plazo máximo de un año, a partir de que haya cesado la vigilancia de las comunicaciones; si, por el contrario, el resultado es positivo, son destruidas dentro del mes a partir de la decisión judicial de intervención. Parece contradictorio cómo el plazo, en caso positivo, es más corto que habiéndose obtenido resultado nulo inculpatorio, a menos que la incorporación al juicio oral, como medio de prueba, sea suficiente la transcripción de las grabaciones, lo cual resta argumentos a la defensa.

c^{II}) *Derecho español*

Por supuesto que no se encuentra en toda la Ley de Enjuiciamiento Criminal española ningún precepto relativo a la custodia y destrucción de los materiales obtenidos de una interceptación de telecomunicaciones. Por tanto, hay que acudir de nuevo a disposiciones generales sobre

(100) Se puede comprobar que aunque la última palabra reside, como es normal en el Tribunal, se atiende al juego mediador de las partes. Por un lado el de la Policía, que goza de gran favor legal y la audiencia del letrado en la «sombra» nombrado por el Tribunal, para defender, sin conocimiento del sospechoso, sus intereses. Respecto de la iniciativa policial y su libre estimación de lo útil para la investigación constituiría, como se ha visto, un verdadero anatema en el marco jurídico español.

efectos o instrumentos que tengan relación con el delito, es decir, a lo previsto en el Capítulo II del Tít. V, Libro II, «Del cuerpo del delito». Así, el párrafo primero del art. 338 dice: «Los instrumentos, armas y efectos... (que puedan tener relación con el delito) se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito. El párrafo segundo, modificado por Ley 21/94, de 6 de julio, continúa: «Sin embargo, podrá decretarse la destrucción dejando muestras suficientes... previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario...». No habrá más que aplicar analógicamente, o con más propiedad, hacer una interpretación deductiva, considerando *las grabaciones*, como un *efecto* que guarda relación con el delito para obtener la regla precisa al caso.

C. EN EL MARCO DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA O DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO

1. Características y justificación de su existencia

Siguiendo, como se dijo en un principio, el método de estudio propuesto, diremos con el Juez Pettiti (T.E.D.H.) que, aunque es preferible la fiscalización judicial en materia de escuchas telefónicas, al mismo tiempo se estima procedente la exigencia de una legislación que dé respuesta adecuada a los peligros del terrorismo, el narcotráfico y otros que atentan contra el orden democrático de un Estado, su propia existencia o seguridad nacional. Dice el ilustre magistrado del Tribunal internacional que: «La mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa han sentido la necesidad de legislar en esta materia para acabar con los abusos que se multiplicaban y afectaban a los que ocupaban el Poder». Y continúa diciendo: «Incluso cuando se trata de escuchas por necesidades imperiosas del contraespionaje o de la seguridad del Estado, la mayor parte de las legislaciones establecen una regulación estricta de las excepciones al Derecho común, la intervención y la fiscalización de los Jefes de Gobiernos o de los Ministros de Justicia, y los recursos ante órganos compuestos por Magistrados, en la cumbre de la jerarquía judicial» (101).

(101) Ver Voto particular coincidente del Juez Sr. Pettiti a la Sentencia T.D.E.H., de 2 de agosto de 1984 (*Caso Malone*). B.J.C. n. 64-65 agosto-sep. 1986, págs. 1081 y ss.

Estas escuchas, denominadas *administrativas* o *de seguridad* constituyen excepciones a la declaración de respeto a la vida privada y de su correspondencia (art. 8.1 C.E.D.H.), excepciones que deben reunir las condiciones de estar *previstas en una ley*, y que resulten una medida *necesaria* para la *seguridad nacional*, ... el *bienestar económico del país*, la *defensa del orden* y la *prevención del delito...*» (102) (art. 8.2. C.E.D.H.). De tal suerte se justifican estas normas que el propio Tribunal reconoce la situación actual: «Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar su secreto los elementos subversivos que operan en su territorio» (*Caso Klass y otros*, párrafo 48).

Pero estas concesiones no son gratuitas. La vigilancia de las telecomunicaciones en situaciones excepcionales requiere asimismo no sólo el mero requisito formal de una *ley habilitante*, sino una regulación suficiente, asequible al ciudadano (conocida) y precisa su contenido. El segundo requisito sobre su *necesidad* en una *sociedad democrática* debe atender a la realidad social que pretende ordenar y proporcionada a la finalidad legítima que se persigue. De lo contrario, es fácil, como advierte el propio Tribunal que, aun «disfrutando el legislador nacional de un cierto poder discrecional» (*Caso Klass y otros*, p. 49), «el ejercicio de semejantes facultades crea por su naturaleza secreta el riesgo de abusos fáciles de cometer en casos individuales y propicios a consecuencias perjudiciales para el conjunto de la sociedad democrática» (*Caso Malone*, p. 81). La importancia práctica, desde el punto de vista policial de poder contar con un régimen jurídico especial adoptado para combatir este tipo de delincuencia es que, en primer término, la orden de interceptación puede estar conferida a las autoridades administrativas, facilitándose por éstas los requerimientos de la Policía, o del Ministerio Público, siquiera que, para salvaguardar el contrapeso necesario, requieran una convalidación judicial. *Las especialidades llegan también a los plazos de duración de la interceptación*, autorización de escuchas prospectivas o exploratorias, sin finalidad probatoria, carácter extrajudicial de los órganos de control, etc.

(102) Ver requisitos completos en relación con el art. 8.2 C.E.D.H. en la n. (40).

2. Generalidades sobre los regímenes especiales existentes

De los países de la Unión Europea que cuentan con un régimen propio de interceptaciones en el marco de la delincuencia organizada o puesta en peligro de la seguridad del Estado, podemos distinguir su constitución como tal, bien diferenciado, el previsto en **Francia** conocido como «Interceptaciones de Seguridad» (Tít. II, Ley n.º 91/646, de 10 de julio de 1991). Las escuchas administrativas, con anterioridad a esta ley, suponían un auténtico descontrol en Francia, tanto por la ausencia de legislación específica (inadecuación de los arts. 81 y 151 C.P.P.), como por el número de órganos habilitados para autorizarlos (103). Una directiva interna del Primer Ministro Michel Debré creó el Grupo Interministerial de Control (G.I.C.) que puso fin a la total anarquía que reinaba sobre las escuchas administrativas, organizándolas y centralizándolas.

La nueva Ley de 1991 instituye en este Tít. II un régimen de escuchas que se caracteriza por que la autorización corresponde al Ejecutivo, bajo control de una Comisión de carácter administrativo, cuya independencia se proclama. El Título III de esta ley establece un régimen extraordinario de escuchas sin sujeción a ningún tipo de control, pues supone la entrega del espacio radioeléctrico, «libre de cargas y gravámenes», a órganos desconocidos, no previstos legalmente, con sujeción teórica, no contrastable, de servir a los fines de la defensa de los intereses nacionales (ver IV.C.4).

En el caso de **Alemania**, el artículo 10.2 de la Ley Fundamental de Bonn permite el establecimiento por ley de un régimen especial para la interceptación de las telecomunicaciones, de carácter extrajudicial. Así cuando dice: «si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal democrático o la existencia o seguridad de la Federación o de un Estado regional... La ley podrá determinar que la vía judicial sea sustituida por un control a cargo de los órganos estatales y auxiliares designados por la representación popular». Esta excepción al secreto de

(103) M. François Massot ponente de una comisión de control declaraba en la sesión de 13 de junio de 1991 ante la Asamblea Nacional: «Se ha dicho incluso que había en Francia cien mil escuchas telefónicas... el estudio que he podido realizar me permite decir que se ha exagerado mucho...». Pero después precisa que el cupo para las escuchas administrativas es de 1.032 en el momento actual. En la misma sesión M. Georges Hage, diputado, habla de 3.000 escuchas de origen judicial y de 30.000 a 40.000 en el plano administrativo. Cifras establecidas en 1982 dan 927 escuchas administrativas simultáneas.

las comunicaciones privadas basada en los motivos constitucionalmente protegidos, de seguridad de la Federación o de los Estados federado, se explicitó en la Ley G.10, sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico de 13 de agosto de 1968. Sucesivas modificaciones (104) la mantienen vigente y actualizada.

Supone esta Ley, en su última redacción (1994), ante todo, la disposición de la medida investigadora de injerencia telefónica, al servicio de los órganos estatales y federales competentes [§ 1 (1)], cuando ese peligro se manifiesta a través de un catálogo de delitos [§ 2 (1)] que de suyo ponen en grave riesgo el bien jurídico protegido constitucionalmente. Además de éstos, la nueva redacción del § 3 (1) concede atribuciones al Ministro Federal, previa solicitud del Servicio Federal de Información, para que en el caso de determinadas conductas delictivas proveniente de ataques desde el exterior de la R.F.A. para interceptar comunicaciones internacionales. Los dispositivos de control están en la propia ley y corren a cargo de Autoridades federales o estatales con informes y fiscalización parlamentaria (Comisión *ad hoc*) (§ 9).

Los interrogantes que provoca esta Ley giran en torno a la simultaneidad de tipos delictivos que figuran en ella [§ 2(1)] y en el Código de Procedimiento Penal (§ 100.a) en cuanto a la seguridad interior y exterior del Estado Federal y de los *länder*. Otro tanto podría decirse de los delitos incluidos en la redacción del § 3(1) sobre terrorismo, tráfico de armas de guerra, narcotráfico, falsificación de moneda y blanqueo de dinero, aunque en este caso es común a todos ellos el origen externo de la agresión, de la iniciación del delito y la participación de ciudadanos o asociaciones no alemanas [§ 3(2)]. De todas formas, en el caso de un supuesto delictivo común a ambas leyes (StPO y G.10) no resulta evidente el criterio que defina la aplicación de uno u otro régimen (común o especial) de interceptación.

(104) La Ley de 13 de agosto de 1968, denominada G.10, fue modificada por ley de 13 de septiembre de 1978, en lo siguiente: § 2(1) sobre los delitos que pueden servir de presupuestos; § 5(5) sobre la modificación al afectado por la medida (... tan pronto como se pueda excluir el peligro para el fin de la limitación); § 9(1) y (2) sobre informes debidos del Ministro Federal a la Comisión y (4) composición de la Comisión y (5) y (6) sobre los Contoles parlamentarios de los *länder*. Posteriormente ha sufrido una importante adecuación según el art. 13 de la Ley de Lucha contra la Delincuencia de 28 de octubre de 1994, que afecta entre otras al Cód. Penal (StGB), a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (StPO) y otras leyes como la G.10.

Este último texto (1994) nos servirá de base para el estudio, con modificaciones de menor importancia (§ 9) sufridas por el artículo 2 de la Ley de 28 de abril de 1995, sobre organización de los grupos parlamentarios.

En **Italia**, después de la amplia revisión del Código de Procedimiento Penal en 1988, a la que nos hemos referido en el marco de la delincuencia común, varias disposiciones legales (105) han constituido, no un régimen común de las interceptaciones legales, como instrumento de gran valía investigadora, a las características típicas de la delincuencia organizada (mafiosa, terrorista, narcotráfico, tráfico de armas, etc.). Se trata de la aplicación de un procedimiento de urgencia en pro de las especialidades a combatir.

Merece citarse también en este apartado la ley griega 2225/94, que venimos estudiando, y que presenta especialidades diferentes al régimen ordinario de la interceptación legal por motivos de investigación criminal. En efecto, las notas diferenciadoras afectan a la reserva concedida a la Autoridad ordenante, límites temporales y formales, que bien podrían hacernos convenir en que se trata de un régimen jurídico específico el que dicha ley distingue «por razones de seguridad nacional» (art. 3). Por lo que le prestaremos atención en detalle.

En el **Reino Unido e Irlanda** no hay más que un régimen jurídico para las interceptaciones telefónicas, pero por su naturaleza jurisdiccional: control por las Autoridades administrativas en su ordenación y apelación (excepto Irlanda), puede calificarse de *común* al operar incluso para delitos bajo el concepto de «delitos en interés de la Seguridad del Estado» (106).

(105) Ver nota (11).

(106) La Sec. 2, Subsec. 2 de la *Interception Communications Act* de 1985 prevé como presupuestos de aplicación de la medida: (a) en interés de la seguridad nacional y (c) para el propósito de salvaguardar el bienestar económico del Reino Unido.

Igualmente la *Interception of postal packets and telecommunications messages (regulation) Act* de 1993, de Irlanda, dispone que la finalidad de las autorizaciones para la interceptación, puede ser también: los intereses de la seguridad del Estado [Sec. 2(1)].

Al no derivarse la constitución de un régimen diferente, ni especialidades que repercutan en el esquema de estudio, se citan a continuación tan sólo las particularidades propias de la investigación en este campo.

Así, pues, digamos que en Irlanda no existen presupuestos delictivos tipificados que motiven la autorización de la interceptación por razones de seguridad del Estado. Se precisa para ello la existencia de «motivos racionales para creer que se están llevando a cabo o se están proponiendo actividades en concreto que ponen en peligro la seguridad del Estado o son susceptibles de hacerlo» [Sec. 5(a)]. Se trata, como vemos, de una formulación amplia, pues aunque se exige también el sujeto activo, la naturaleza y el ámbito de las actividades, no se constriñe a que éstas configuren una conducta delictiva tipificada.

La segunda particularidad se refiere a la Autoridad designada por la Ley para solicitar este tipo de escuchas. En este caso, además del comisionado de la *Garda Stochána*, está autorizado el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas, apoyando su solicitud con escrito del Ministro de Defensa [Sec. 6(1)(a)(ii) y c)].

En España no podemos hablar de un régimen especial diferenciado del propio de los delitos comunes, ya que la incardinación del precepto del artículo 579.4 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es más que la expresión simplificada de la suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones de acuerdo a la previsión constitucional (art. 55.2 C.E.) —que anuncia una ley orgánica— «que podrá determinar la forma y los casos en que tal derecho puede quedar suspendido, con la necesaria intervención judicial para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas» (el precepto 579.4 añade «o rebeldes»). La única singularidad de esta regulación es, en palabras del Tribunal Constitucional, la de: «una resolución gubernativa, permitiendo que normativamente la autoridad gubernativa pueda decidir de forma inmediata y directa una interceptación de comunicaciones necesaria en el curso de investigaciones sobre las actividades delictivas a las que la ley se refiere» (S/T.C. 16 Dic. 87 F.J. Décimo). No obstante, se impone una inmediata comunicación motivada al juez sobre la *urgencia* que justifique la iniciativa gubernativa, correspondiendo en todo caso al órgano judicial conformar o revocar la medida de forma inmediata, por tal motivo el precepto fue declarado perfectamente acorde con la Constitución.

Así pues, el art. 579.4 LECrim está redactado de acuerdo con la L.O. 4/88 de 25 de mayo. Las críticas doctrinales hacia este precepto han versado (principalmente con anterioridad a la S.T.C. de 16 de diciembre de 1987) sobre la concesión de la iniciativa gubernativa para suspender el derecho al secreto de las comunicaciones, que es tanto como «dejar en manos de la Policía (107) las interceptaciones por terrorismo», siem-

(107) A estos efectos, y con base en el R.D. 1377/1978, de 16 de junio por el que se crean unidades especializadas de policía judicial para los delitos de terrorismo, y en la O.M. de Interior, de 28 de julio de 1978, se definen en aquéllas dos grupos: el de Investigación y el Apoyo. Se encuadra en este último la Unidad de TEPOL, dependiente de la Secretaría de Estado para la Seguridad. Según la instrucción de este órgano Directivo de 13 de junio de 1988, en su regla séptima, esta unidad será la encargada de dar cauce a la petición, observaciones o intervenciones telefónicas, en relación con la L.O. 4/88 de 25 de mayo de reforma de la LECrim. La Secretaría de Estado para la Seguridad-Dirección de la Seguridad del Estado fue suprimida por el R.D. 495/94, de 17 de marzo (art. 7).

En la práctica, y desde varios años atrás, puede afirmarse que nunca se ha utilizado la iniciativa gubernativa sobre una interceptación telefónica en relación al artículo 579.4 LECrim. La Unidad TEPOL canaliza las peticiones a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional cuyos magistrados autorizan o no, en primer término, la interceptación solicitada por las unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en materia de su competencia.

pre que se invoquen razones de *urgencia*, pues la intervención judicial es postrera y ya se han alcanzado los fines deseados (108). Creo que la polémica ha perdido fuerza después de la sentencia citada en la que declaraba el art. 17.2 de la L.O. 9/84 perfectamente constitucional, de donde ha pasado a la LECrim. Sí merece un reproche el legislador, cuando al hacer esta transposición se perdió la inmediata referencia del apartado 2 al 1 del art. 17 para exigir también en el art. 589.4 la apreciación de *indicios* de responsabilidad criminal en las personas puestas bajo escucha. Sin embargo, hay que deducir que al regularse esta medida excepcional tomando como precedente «la prevista en el número 3» (art. 579.3) los sujetos pasivos son los mismos que en ésta.

Pero donde no veo la excepción censurada por Jiménez Campo es que tal disposición (art. 579.4 LECrim) ampare las interceptaciones preventivas o prospectivas (109), pues no ofrece ningún dato que lo avale en la redacción de la norma, máxime cuando además del imputado y procesado propiamente dichos la doctrina mayoritariamente incluye entre los sujetos pasivos a los terceros relacionados con aquéllos.

3. Estudio en detalle

Veamos, a continuación, las particularidades más interesantes de los distintos regímenes o especialidades destacadas en los países mencionados, siguiendo el esquema propuesto.

(108) Éste es el sentir de JIMÉNEZ CAMPO, J.: obr. cit., pág. 46.

(109) Ver JIMÉNEZ CAMPO: obr. cit., pág. 47, cuando dice: «Sí se amplía, sin embargo, el círculo de quienes pueden quedar sujetos a la interceptación judicialmente acordada, pues ésta —constitucionalmente justificada por referencia a las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas— podrá grabar no sólo sobre quienes aparezcan como partes en la causa, sino también, con fines *exploratorios o preventivos*, sobre aquellos que sin tener dicha condición se estimen relacionados con el área específica de criminalidad que se contempla en la norma constitucional».

LÓPEZ-FRAGOSO: obr. cit., pág. 61, y VELASCO NÚÑEZ: obr. cit., pág. 260, se muestran favorables a la ampliación del círculo a terceros intermediarios (el primero) o, en caso de bandas, sopesando los indicios, otorgar la intervención subjetivamente indeterminada (el segundo).

a) *En el momento de la prescripción*

Francia

No existe un catálogo de delitos, ni tampoco la referencia a infracciones penales cuya especial gravedad punitiva justifique la interceptación. En este tipo de escuchas *los presupuestos* para acordar la medida exigida para la «búsqueda de información» sobre determinadas «materias de interés nacional» (110) de configuración genérica. Se precisa tan sólo su relación con una cierta especie de delincuencia pero no correlativa con tipos delictivos concretos del Código Penal.

La *decisión* para llevar a cabo la interceptación de las telecomunicaciones corre a cargo del Primer Ministro o de «una de las personas especialmente delegadas por él» (art. 4.º). La propuesta corresponde a los ministros de Defensa, de Interior o de Aduanas o de las personas en quien ellos deleguen (art. 4.º). Ni el juez competente, por supuesto, ni el Ministerio Público participan, ni son informados de estas injerencias de la autoridad pública gubernativa en materia de este derecho fundamental. Con ello no se quiebra ningún precepto o principio del ordenamiento jurídico de superior rango, pues el secreto de las comunicaciones tan sólo está garantizado en esta Ley, en los términos siguientes: «Este secreto no puede quebrantarse más que por la autoridad pública, sólo en casos de interés público previstos por la Ley y en los límites fijados por ella» (art. 1.º) (111).

Únicamente la necesidad de búsqueda de información en relación a las materias de interés apreciada por los servicios subordinados a cualquiera de los tres ministerios citados, considerada la propuesta por su Titular, puede servir de *motivación* para la solicitud y consiguiente au-

(110) El art. 3 de la ley de 10 de julio de 1991 dice, sobre los presupuestos afectados en este régimen: seguridad nacional, salvaguardia de los elementos esenciales del potencial científico y económico de Francia o la prevención del terrorismo, de la criminalidad y de la delincuencia organizada y de la reconstitución o mantenimiento de agrupaciones disueltas.

(111) Esta redacción, que es la del proyecto inicial, se inspira en el texto del apartado segundo del art. 8 de la C.E.D.H. La autoridad pública aludida, según el tratado internacional, no necesariamente debe coincidir con autoridades judiciales, puede tratarse de altos cargos del Gobierno, como en este caso, para estar en concordancia a aquel precepto.

No obstante, en el trámite parlamentario de la Ley, el grupo comunista había presentado una enmienda, que fue rechazada, según la cual únicamente los tribunales de Gran Instancia podían ordenar la interceptación de las comunicaciones.

torización, en su caso. Ni que decir tiene que ante una exigencia en relación a materias de interés vagas e imprecisas, sin criterios de motivación, el resultado se adivina que propende en favor del uso y el abuso policial, militar o fiscal. Si a todo ello añadimos que, al igual que en el régimen jurídico común, no se precisan los *sujetos pasivos* o personas susceptibles de ser puestos bajo escucha (pues el mismo silencio legal se aprecia en este régimen), puede concluirse que cualquier persona, que a juicio de los servicios ministeriales interesados, pueda tener alguna relación con alguna materia de las previstas legalmente, sin precisarse *indicios* reales suficientes o sospechas de entidad considerables de un supuesto típico delictivo, puede ser objeto de vigilancia *de seguridad* de sus telecomunicaciones: la inseguridad jurídica misma, en esta materia.

Alemania

Los *presupuestos* se fijan en la Ley G. 10 bajo un bien jurídico digno de protección: «la defensa del ordenamiento constitucional libre y democrático o la Seguridad de la Federación o de un *land*», e incluso la seguridad de las tropas de la OTAN no alemanas estacionadas en nuestro territorio» [§ 1(1)] y se objetivan en los delitos que sancionan sus ataques cuya tipificación se explicita [§ 2(1) y § 3(1)] (112).

Las Autoridades competentes para *autorizar* la «vigilancia y grabación de las comunicaciones teleradiofónicas» son: «las Autoridades protectoras de la Constitución tanto federales como estatales, el Departamento de Defensa y los Servicios Secretos Federales», así como el Servicio Federal de Información que podrá solicitarlo en los casos previstos en el § 3(1) de un Ministro Federal, con acuerdo de una Comisión de la Cámara de los Diputados (Bundestag) compuesta por nueve miembros (113), en lo concerniente a las comunicaciones internacionales alámbricas o inalámbricas [§ 1(1) y (2); § 3(1)].

Se exige siempre como *condición para el acuerdo* de la vigilancia y grabación de las comunicaciones la apreciación de que «existan datos

(112) El § 2(1) de la Ley G.10 contiene una lista de delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado Federal y de los *länder* designados por sus correspondientes parágrafos en el StGB.

El § 3(1) se refiere a delitos de terrorismo, tráfico de armas, narcotráfico, falsificación de moneda y blanqueo de dinero.

(113) La modificación de nueve miembros en lugar e cinco se debe a la reciente Ley de 28 de abril de 1995, sobre grupos parlamentarios.

materiales para fundamentar la sospecha de que alguien planea, comete o ha cometido» algunos de los delitos de la lista o de que haya «suficientes indicios reales de que alguien es miembro de una asociación cuya actividad está dirigida» a transgredir el bien jurídico protegido [§ 2(1)]. Además, se exige para la emisión de una orden de interceptación la constatación de que «la investigación del hecho de otra manera fuera inútil o se dificultara considerablemente» [§ 2(2)].

Los *sujetos pasivos* tienen una delimitación semejante al régimen común en referencia a su calidad mediata o inmediata en las comunicaciones a vigilar [§ 2(2)]. Y para que no queden dudas respecto de la naturaleza de la medida que esta ley regula —se dice— que contra ellos «no es viable la vía jurisdiccional» [§ 9(6)].

Italia

Ya se dijo que no constituía un régimen extraño al común procesal, por tanto sigue en manos del Juez la potestad para *acordar la interceptación*, aunque se reserva la iniciativa «por decreto» en caso de *urgencia o sin necesidad de ella* (antimafiosa) del Fiscal, con necesaria convalidación judicial en las veinticuatro horas siguientes. La petición no sólo puede provenir del Ministerio Público, sino del Ministro del Interior o un delegado suyo o del Director de Investigación Antimafia u otros responsables, Jefes de Policía, de *Carabinieri* o de la *Guardia di Finanza*.

Los *presupuestos* para decretar la medida no son otros que los del artículo 266 C.P.P. en que se incluyen los delitos típicos de delincuencia organizada. Respecto de la *motivación*, basta para autorizar la injerencia la apreciación de indicios «suficientes», sin exigencia rigurosa de que éstos sean graves o fundados. Incluso se admiten las *intervenciones preventivas* de las comunicaciones, que no tendrán valor a efectos probatorios y tan sólo para la prosecución de las investigaciones policiales. Además se autorizan expresamente las interceptaciones entre presentes o *ambientales*, cuando haya indicios concretos de actividad delictiva en lugar cerrado, aunque éste sea un domicilio (art. 25 ter. L. 7 agosto 1992, n. 356).

Grecia

Relativas al momento de su ordenación, nos llama la atención en este país que las autoridades solicitantes de la medida, lejos de sufrir un

criterio de concentración, motivado por su especialidad, éste se dispersa —contradiendo el literal *solamente*— entre *autoridad judicial* u otra *civil, militar o policial*, lo cual dificultará en materia tan sensible el control de condiciones para el levantamiento que mantiene la Comisión Nacional en el Parlamento. Pero lo que caracteriza este régimen de excepción es que la Autoridad habilitada para *dictar* la medida es el Fiscal del Tribunal de Apelación (114) competente por razón del lugar de solicitud o de ejecución (art. 3.1).

Los *presupuestos* delictivos que posibilitan la injerencia no vienen definidos (como en el régimen común) por su tipificación penal, sino que se recurre al concepto de «seguridad nacional» sin ninguna referencia legal que pudiera identificar los supuestos de hecho. La valoración queda restringida a la subjetividad del Fiscal autorizado quien decidirá en un plazo de veinticuatro horas sobre la solicitud. Resolverá asimismo, «según su criterio», sobre los datos facilitados en la solicitud en la consiguiente orden de denegación o concesión (art. 3.2). El principal reproche ante la ausencia de concreción en los presupuestos delictivos es el desconocimiento objetivo que supone a los efectos del juicio de proporcionalidad necesario para decretar la escucha sin definición *a priori* de la gravedad jurídica o social que la justifica (Francia y Grecia).

Destaca la ausencia en la orden de interceptación, de expresión del nombre de la persona o personas contra quienes se toma la medida para delimitar los *sujetos pasivos*, figurando en su lugar «la extensión geográfica de la aplicación». Lo que nos hace pensar, evidentemente, en la posibilidad de un levantamiento indiscriminado del secreto de comunicaciones. Otra omisión llamativa es la que se refiere a la *motivación* de la medida, cuya exigencia es expresa en la investigación criminal (art. 5.1 y 2).

España

Las escasas particularidades de la norma española se concentran en la posibilidad legal de decretarse la «observación» de las comunicacio-

(114) La atribución de esta competencia al Ministerio Público merece cuestionar la constitucionalidad de esta norma, por su literal contradicción con el artículo 19 de la Constitución griega, que reserva la potestad del levantamiento del secreto de la correspondencia o cualquier medio de comunicación privada a la «autoridad judicial», únicamente.

nes telefónicas (115) por el Ministro del Interior, o en su defecto por el Director de la Seguridad del Estado. El Juez competente, previa comunicación inmediata, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada.

Esta concesión gubernativa queda restringida a *casos de urgencia*, que en todo caso deberán ser justificados y circunscrita a la investigación de *delitos* relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes.

b) *Control en fase de ejecución*

Francia

Respecto a los *requisitos en tiempo* que exigen las interceptaciones de seguridad, se fija en la ley un período máximo de cuatro meses, cesando las mismas a la finalización de tal plazo, a menos que la autorización sea renovada en las mismas condiciones y por dicho período máximo (art. 6).

En atención a la *forma*, las operaciones de interceptación se llevan a cabo bajo la autoridad del Primer Ministro, señalándose la fecha y hora de comienzo y finalización de las mismas (art. 8), pero las actividades materiales necesarias para la colocación del dispositivo se efectúan en los locales e instalaciones de los servicios u organismos que estén bajo la autoridad o tutela del Ministro de Telecomunicaciones o de los empresarios de redes o proveedores de servicios autorizados (art. 11). A este respecto, se constituye legalmente la *obligación* de carácter general de *cumplimentar*, por las empresas explotadoras de redes y servicios, las instrucciones recibidas del Ministro de Telecomunicaciones (art. 21).

La *ejecución* de las interceptaciones de seguridad están centralizadas en el Primer Ministro, bajo su autoridad en el Grupo Interministe-

(115) Se dice la «observación», puesto que literalmente lo que el artículo 579.4 LECrim autoriza es «la medida prevista en el número 3», es decir, la modalidad de «observación». Pero, como ya se ha debatido con anterioridad, tanto la doctrina mayoritaria, como la propia jurisprudencia y la práctica procesal han convenido en la equivalencia del término al de «interceptación», abarcando el ámbito mayor, o sea el contenido de la conversación. No tendría sentido que en los delitos más graves (los de terrorismo) se autorizase sólo datos asociados a la conversación telefónica, pero no la misma.

rial de Control (G.I.C.), quien fijará un número máximo de escuchas autorizadas susceptibles de practicarse simultáneamente y adjudicará unos cupos a cada uno de los Ministros proponentes (arts. 4.º y 5.º) (116). Estos cupos y la concesión de cada interceptación por parte del Primer Ministro se comunicará dentro de un plazo de cincuenta y ocho horas al Presidente de la Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad. Esta Comisión (C.N.C.I.S.) creada a tal efecto (art. 13) tiene carácter administrativo independiente, y está encargada de velar por la aplicación de las disposiciones conforme a la ley.

Las *transcripciones* sólo se efectuarán «por personas habilitadas» y de las conversaciones que tengan relación con las materias objeto de la interceptación (art. 7).

Alemania

La *ejecución* de la interceptación está prevista que se lleve a cabo por la Oficina Federal de Comunicaciones u otros explotadores de instalaciones de telecomunicaciones [§ 1(2) y § 5(2)], quienes recibirán por escrito la orden de las autoridades competentes. En ella se determinará la clase, ámbito y duración de la medida (117).

El detalle de las operaciones técnicas de ejecución en la vigilancia de las telecomunicaciones es objeto de un minucioso estudio por el Decreto (FÜV), de 18 de mayo de 1995 a propósito de la nueva configuración del Ente de Correos y Telecomunicaciones operada por Ley de 14 de septiembre de 1994 (BGBl. IS. 2325). Este decreto será motivo de alusión más tarde en otro aspecto de nuestro interés.

Italia

Sólo citar dos particularidades que afectan al *tiempo* y a la *forma*, que se modifican en pro de una mayor efectividad de la medida, dadas

(116) Según informa el diario parisino *Le Figaro* de 9 de marzo de 1995, los cupos ministeriales se distribuyen de esta forma: 1.180 líneas actualmente, de las que 928 para Interior; 232 para Defensa; y 20 para Aduanas. F. TÉRRÉ: *Las escuchas telefónicas*.

(117) En la redacción de la ley de 1968 se preveía una duración máxima de la injerencia de tres meses, prorrogables por igual período, caso de subsistir los presupuestos de la Orden, pero en la modificación del texto por Ley de 28 de abril de 1994 de este párrafo, ha sido suprimida toda referencia al requisito temporal.

las características de los delitos investigados. La primera, que el plazo se aumenta a 40 días, y puede ser prorrogado por períodos sucesivos de 20 por el juez o, en el caso de urgencia, por el Fiscal. La segunda consiste en que la formalidad general *escrita* de la autorización cede cuando sea necesaria para el desarrollo de la investigación, ante la viabilidad, incluso, de otorgarse *telefónicamente* (118).

Grecia

El límite máximo de diez meses, en caso de prórrogas, fijado para las interceptaciones por razón de investigación criminal, resulta dispensado en este régimen excepcional. La medida podrá aplicarse legalmente ilimitada en el tiempo. No deja de suponer un abuso, en cualquier régimen jurídico de que se trate, la posibilidad legal de una interceptación con plazo *sine die*, por lesión de la proporcionalidad exigible en la aplicación de la medida.

España

Como único apunte en este apartado, para el caso de que las autoridades gubernativas tomasen la iniciativa sobre una orden de interceptación de las comunicaciones, ésta debe ser comunicada inmediatamente por *escrito motivado* el Juez competente, quien, como se ha indicado, la confirmará o revocará, también en escrito motivado (art. 579.4 LECrm). La duración de la «observación», caso de ser confirmada judicialmente, puede concederse por un plazo máximo de tres meses prorrogables por iguales períodos (por transposición idénticos requisitos de la medida, respecto de la delincuencia común).

(118) La posibilidad de valerse del medio telefónico para decretar la interceptación telefónica fue introducido por Ley de 18 de marzo de 1978, y actualmente revalidada por el art. 13.1 de la Ley de 12 de julio de 1991, n. 203 (Lucha contra la delincuencia organizada). Tal concesión, por lo que significa de relajación en la verificación de los presupuestos legales y correspondiente motivación —núcleo del auto motivado— es criticada por GONZÁLEZ GUTIÁN: obr. cit., pág. 136, n. 125, quien cita a GREVI VITTORIO: *La nuova disciplina delle intercettazione telefoniche*. Milano, Giuffrè, págs. 16 y ss.

c) *Control a posteriori*

Francia

En las interceptaciones de seguridad no cabía esperar la notificación al interesado (sujeto pasivo de la injerencia) puesto que tampoco era preceptiva en las escuchas judiciales. De esta forma, y recordando que en este régimen la Administración decide el cuándo, el cómo y sobre quién ha de ejecutarse la interceptación de comunicaciones privadas, al sumarse esta falta de comunicación, tan sólo reside en la Comisión Nacional de Control la posibilidad de verificar los amplios límites en que se mueve la autoridad pública. Así pues, queda tal Comisión como *Órgano de Control* único e independiente (art. 13) (119).

No cabe hablar en este régimen de *recursos*. El propio texto legal emplea la palabra *réclamation* (120) para expresar el procedimiento de iniciación, a instancia de parte que tiene un interés legítimo, del mecanismo de control sobre una interceptación en marcha, por parte de la Comisión de Control (art. 15). La Comisión informará al solicitante de las comprobaciones realizadas, y si encuentra que se ha transgredido la

(119) Esta Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad (C.N.C.I.S.) está presidida por una personalidad designada por el Presidente de la República, por un período de seis años, entre cuatro nombres propuestos en una lista preparada conjuntamente por el Vicepresidente del Consejo de Estado y el primer Presidente del Tribunal Supremo. La Comisión comprende, además, un diputado designado por el Presidente de la Asamblea Nacional, y un Senador, designado por su Presidente. La cualidad de miembro de la Comisión es incompatible con la de miembro del Gobierno.

El funcionamiento de la Comisión está reglado y se circunscribe a, dado el caso de recibir una decisión del Primer Ministro sobre una interceptación cuya legalidad «no es segura», o que se ha autorizado «con desconocimiento de las disposiciones previstas», previa deliberación, dirigirá una *recomendación* al Primer Ministro para que cese la interceptación. Pondrá asimismo el hecho en conocimiento del Ministro solicitante y del Ministro de Telecomunicaciones, bajo cuya autoridad se lleva a cabo la ejecución. El Primer Ministro sólo queda obligado a *informar del resultado* de la recomendación planteada (art. 14).

(120) Dice así el art. 15, en su inicio: «De sa propre initiative ou sur réclamation de toute personne y ayant un intérêt direct et personnel, la commission peut procéder au contrôle de toute interception de sécurité...».

Réclamation dista mucho de *recours* o *pourvoi*, que son los términos jurídicos estrictos para significar un recurso en Derecho ante un Tribunal.

Réclamation: action de s'adresser à une autorité pour faire reconnaître l'existence d'un droit. Synonymes: Demande, pétition, requête; revendication. *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris, 1991.

presente ley dará cuenta sin pérdida de tiempo al Ministerio Público (art. 17). La reflexión que cabe hacerse sobre tal disposición es que, dado el mínimo margen de información con que cuenta una persona sometida a escucha (no hay procedimiento, ni imputación oficial, ni notificación), resulta difícil en tales condiciones tener base para plantear una reclamación. Será de su cuenta la investigación que pueda iniciar para apoyar la solicitud con cierto fundamento.

La Ley prevé una *destrucción* temprana de las grabaciones: en un plazo máximo de 10 días, a partir de la fecha en que se han efectuado, levantándose acta (art. 9). Naturalmente, el hecho de no tener efectos probatorios, en otras finalidades ante autoridades judiciales o en procedimientos administrativos, cuya contradicción obligase a su escucha, no tiene sentido mantenerlas en depósito, una vez obtenida la información deseada, en su caso, y transcrita. No indicándose precisamente el plazo para la inutilización de las transcripciones que puedan obrar en los archivos ministeriales correspondientes de forma permanente.

Alemania

La *notificación* al interesado ha constituido en la R.F.A. uno de los aspectos más interesantes en la interceptación de las comunicaciones (121). En la actualidad, y como regla general, la Ley G.10 prescribe que «las medidas limitadoras se comunicarán a los afectados después de acordarse, cuando pueda excluirse todo peligro para el fin de la limitación» (122), aunque hay excepciones (123). La notificación a los

(121) La revisión constitucional de 24 de junio de 1968 modificó el art. 10.2 de la Ley Fundamental dando un nuevo giro a las limitaciones al derecho al secreto de las comunicaciones garantizado en el primer párrafo de este artículo. Esta revisión permitía la no comunicación al afectado en sede del régimen especial previsto para proteger la Seguridad de la Federación o de un Land. En consecuencia, la Ley G.10 sobre limitación del secreto de la correspondencia, postal, telegráfica y telefónica, que estudiamos en este capítulo, acogió la ausencia de tal garantía. Fueron impugnadas ambas — la revisión constitucional y la Ley G.10— y el Tribunal Constitucional Federal, según sentencia de 15 de diciembre de 1970, declaró no conforme a la Constitución la omisión de notificación al interesado de la adopción de la medida [§ 5(5)] por lo que fue reformada por ley de 13 de septiembre de 1978. La Ley de 28 de octubre de 1994, sobre la lucha contra la delincuencia, a través de su artículo 13, introdujo nuevas disposiciones a este respecto a las que nos referiremos [§ 3(8)].

(122) Esta redacción fue examinada por el T.E.D.H. en su sentencia de 6 de septiembre de 1978 (*Caso Klass y otros*), que el tratarse de un tema de terrorismo, encon-

afectados deberá ser efectuada por el Servicio Federal de Información o cualquiera de los órganos receptores (124) de la información [§ 3(8)] o de los ordenantes. Los *recursos* ante la vía jurisdiccional son posibles *a posteriori* de la adopción y ejecución de la medida. Esto parece deducirse de la actual redacción del texto de 1994 [§ 9(6) en relación con el § 5(5)], que no ha sido modificado y que reza así: «Después de la comunicación tienen los afectados abierta la vía jurisdiccional...». Esta circunstancia es confirmada por la ley, cuando después de dar nuevas instrucciones sobre la destrucción de los datos relacionados con las grabaciones, se dice como excepción: «los datos que sólo son archivados para la comprobación judicial *a posteriori*, en lo concerniente a las medidas limitadoras, deberán ser bloqueados, pudiendo ser únicamente utilizados para los mencionados efectos» [§ 5(4), última frase].

La *destrucción* de datos es objeto de minucioso estudio y su realización protocolizada en los ordenadores en intervalos de seis meses, excepto si la separación de otras informaciones útiles resulta imposible o muy difícil, bajo la autoridad de un funcionario habilitado por el Departamento de Justicia [§ 3(6) y (7)].

Los *descubrimientos casuales* están previstos en la Ley G.10 y siguen el mismo criterio selectivo que en el régimen común: los conocimientos obtenidos no podrán ser utilizados más que para la investigación de los delitos contenidos en el catálogo de admisibilidad de la medida [§ 5(3) y § 7(3)].

tró explicable y prudente las cautelas sobre los riesgos de que la notificación, una vez levantadas las restricciones de las comunicaciones del interesado, puedan comprometer los métodos, el campo de observación e incluso la identidad de los agentes, declarando la no incompatibilidad de no informar cuando de ello depende la eficacia de la medida (parágrafo 58).

(123) Las excepciones se ciñen únicamente al § 3, que describe supuestos de intervención del Servicio Federal de Información para disponer interceptaciones internacionales sobre peligros provenientes del exterior (agresión armada, tráfico de armas, narcotráfico, terrorismo, etc.). En estos casos no se efectuará la notificación si antes de tres meses han sido destruidos.

(124) Estos órganos son: las autoridades protectoras de la Constitución, de la Federación y de los Estados, el Departamento de Seguridad Militar, el Departamento Criminal de la Aduana, el Departamento Federal de Exportaciones, Fiscalías del Estado o distintas policías [§ 3(5)].

Italia

Ninguna especialidad que consignar.

Grecia

Ninguna especialidad que consignar.

España

Ninguna especialidad que consignar.

4. Breve consideración de aplicación al caso español

La constatación de dos regímenes especiales bien estructurados: el francés y el alemán, que permiten la defensa del Estado contra la delincuencia organizada o ataques mismos a su propia estabilidad democrática debe su conformidad legal nacional a dos causas distintas.

En Francia, el secreto de las comunicaciones privadas no está protegido constitucionalmente. Sólo la presente ley de 1991 lo garantiza y ya se previene (art. 1.2) que los límites al mismo están en la propia ley. No precisa, por tanto, examente de conformidad de superior rango.

En Alemania, como se ha dicho, su art. 10.2 prevé como excepción la constitución de un régimen de control extrajudicial compuesto por representación popular. En su virtud, permanece vigente la *Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz (G.10)*, Ley de 1968, estudiada.

Pero en España, por el momento, el art. 18.3 CE no permite un régimen diferente capaz de exceptuar la obligada *resolución judicial* para autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones que se garantizan, entre ellas las telefónicas. Este «escollo» para la defensa autónoma de intereses estatales contra ataques del exterior e interior al Estado o formas de delincuencia especialmente peligrosas, constituye, a la par que una dificultad constitucional insalvable para los respectivos departamentos ministeriales encargados de esta misión, la mejor garantía para la salvaguarda de este derecho fundamental para el ciudadano español como extranjero (art. 13.1 CE).

5. Intercepciones extraordinarias sin sujeción a control

Francia

Al margen de los objetivos perseguidos con las interceptaciones de *seguridad* entre los que se encuentra la «seguridad nacional», la Ley francesa en su artículo 20 (Título III, Disposiciones Comunes), da «carta blanca» a los poderes públicos para realizar operaciones de exploración de frecuencias radioeléctricas, con ocasión de las cuales pueden ser captadas, de manera aleatoria, las comunicaciones (frecuentemente codificadas) al objeto de garantizar «los fines de defensa de los intereses nacionales». Estas interceptaciones no están sujetas a las prescripciones previstas para las *escuchas judiciales* (Tít. I) o *administrativas* (Tít. II). No pueden ser consideradas como individualizables, localizables ni cuantificables, al quedar exceptuadas de cualquier régimen, no están sometidas a control alguno. No se dice qué ministerios u organismos son los encargados de practicarlas ni hay remisión más concreta para definir los límites y contenido de la *defensa de los intereses nacionales*.

Aquí la «razón de Estado» ha apostado fuerte para disponer de un instrumento preciosísimo de información —el barrido indiscriminado del espacio radioeléctrico— para preservar la defensa de los intereses nacionales. No se oculta la posibilidad de manipulación de las interceptaciones puestas al servicio de tan altos fines exentos de todo control judicial, administrativo o parlamentario, y los abusos que tal sistema puede generar (125).

(125) A modo de ejemplo, puede citarse un escándalo de esta naturaleza: «El 14 de febrero, el Juez Jean-Paul Valat hizo estallar una verdadera bomba: la prueba contundente de que la célula antiterrorista del Elyseo fue, desde 1983 hasta 1986, un «gabinete negro», digno del Antiguo Régimen. Respaldado por la más insigne autoridad del Estado, el juicio dirigido en 1988 por Christian Prouteau instaló en los locales de la Presidencia de la República un centro de espionaje en donde el antiterrorismo servía de pretexto para vigilar estrechamente a periodistas, políticos, etc.

ANEXO

INTERCEPTACIONES DE SEGURIDAD

	<i>Alemania</i>	<i>Francia</i>	<i>Grecia</i>	<i>Italia</i>	<i>España</i>
PRESUPUESTOS	Catálogo de Delitos	Materias de interés nacional	Seguridad Nacional	Catálogo de Delitos	Delitos de Terrorismo
AUTORIDAD ORDENANTE	<ul style="list-style-type: none"> - Estatales o Federales - Comisión parlamentaria 	<ul style="list-style-type: none"> Ministros: - Defensa - Interior - Aduanas 	Fiscal del Tribunal Apelación	<ul style="list-style-type: none"> - Juez - Fiscal (antimafia) 	<ul style="list-style-type: none"> (urgencia) - Ministro Interior. - Director Seguridad del Estado
EJECUCIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Oficina Federal de Comunicaciones u otros explotadores. - Operaciones técnicas en detalle. - Plazo máximo legal no fijado. 	<ul style="list-style-type: none"> - Primer Ministro (G.I.C.), cupos de escuchas. - 4 meses máximo 	- Plazo indefinido	<ul style="list-style-type: none"> - Plazo máximo 40 d. + 20 d. (prórroga). - Vía telefónica (inclusive) 	<ul style="list-style-type: none"> - Escrito motivado al Juez (confirma o revoca)
CONTROL	<ul style="list-style-type: none"> - Notificación al interesado por Servicios Federales o Estatales de Seguridad. - Recursos en vía jurisdiccional 	- Comisión Nacional de Control (C.N.C.I.S.)	- Comisión Nacional (Parlamentaria)	(sin especialidad que consignar)	(sin especialidad que consignar)

INTERCEPTACIONES EXTRAORDINARIAS O SIN SUJECCIÓN A CONTROL

PRESUPUESTOS	<i>Francia</i>
	Defensa de los intereses nacionales.