

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

María del Valle López Alfranca
Capitán Auditor

1. INTRODUCCIÓN

Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas es un medio de prueba fundamental en el proceso penal y que incide de un modo directo en un derecho fundamental que es el secreto de las comunicaciones. A pesar de su importancia, inicialmente carecía de regulación en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.) hasta 1988, en que sí aparece expresamente regulado, pero insuficientemente. Esta carencia e insuficiente previsión de la legalidad ordinaria ha tenido que ser perfilada sobre todo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante TS), siguiendo, los postulados elaborados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (en adelante TEDH).

2. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A) CONCEPTO, CONTENIDO Y TITULARIDAD

El denominado en nuestro constitucionalismo histórico como *secreto de la correspondencia* se regula en la Constitución actual (en adelante CE) en el número 3 de su artículo 18 cuando declara que «*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas*

y telefónicas, salvo resolución judicial». Las dos proposiciones que recoge el precitado artículo (garantía del secreto y previsión de levantamiento por una resolución judicial) también aparecían en las Constituciones de 1869, 1876 y 1931.

Hoy en día, encontramos un gran número de preceptos tanto a nivel internacional¹ como nacional² que hacen referencia al citado derecho.

La Constitución garantiza el secreto de «las comunicaciones», por lo que es necesario aludir a la noción de «comunicación», y así puede definirse tal como hace JAVIER JIMÉNEZ CAMPO³ como *todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas y a través de cualquier medio técnico*.

Aunque de la citada definición se desprende que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones se inicia cuando comienza la comunicación, hay que decir que la norma constitucional presupone que, lo que podría denominarse «libertad para la comunicación personal», existe y por tanto, no requiere de garantía expresa. Sin embargo, en situaciones de *sujeción especial*, esa libertad para establecer la comunicación puede no existir o estar limitada, y, en tal caso, esa libertad es objeto de examen a la luz del derecho fundamental que estamos contemplando, y por ello en la situación del *detenido o preso* los actos de la Administración penitenciaria que apliquen arbitrariamente las normas reguladoras del régimen de comunicaciones podrán considerarse lesivos del derecho reconocido en el artículo 18.⁴

Por otra parte, el concepto de «secreto de las comunicaciones» según el Tribunal Constitucional (TC) «tiene un carácter “formal”, en el

¹ Podemos destacar el artículo 12 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el artículo 17 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) de 19 de diciembre de 1966, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 o el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el mes de diciembre de 2000 disposiciones todas aplicables en nuestro país de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 de la CE

² Disposiciones varias recogen o desarrollan dicho precepto constitucional, pudiéndose citar, entre otras muchas, artículos 198 a 201, 535 y 536 del Código Penal; artículos 579 y siguientes de la LECrim; así como otras normas de carácter administrativo, laboral o civil, artículos 4.2.e), 8.3.a) 4 y 18 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección del derecho al honor, entre otros.)

³ Revista Española de Derecho Constitucional Año 7. Núm. 20. Mayo-Agosto 1987

⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 21 de febrero de 1975 (caso Golder): «Un obstáculo en la posibilidad misma de iniciar correspondencia representa la forma más radical de “interferencia” (art. 8.2 de la Convención) en el ejercicio del “derecho al respeto de la correspondencia”. No es admisible considerar que tal obstáculo esté fuera del campo de aplicación del artículo 8 cuando no se discute que un simple control entra de lleno en dicho campo.»

sentido de que se predica de lo comunicado sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.» (Sentencia 114/1984) Así el secreto que afirma el artículo 18.3 *se predica de la comunicación y no*, con independencia de ésta, *de lo comunicado*, lo que sirve para dar respuesta al problema que puede presentarse en el supuesto en el que sea uno de los partícipes en la comunicación quien revele a tercero el contenido de la misma⁵.

Además, dado que, como ya hemos dicho, lo protegido por el secreto es la comunicación, *aquellos aspectos del proceso de comunicación que, por las características del medio empleado, no sean notorios a terceros quedan también incluidos en el ámbito del derecho subjetivo*, constituyendo lesión del mismo su eventual desvelamiento. Ocurre así con las operaciones tendentes a identificar la personalidad del destinatario de la llamada efectuada desde un determinado aparato telefónico a través de un instrumento (comptage, pen register) que, conectado a una línea telefónica, registra todos los números marcados sobre el aparato así intervenido. En la citada Sentencia 114/1984, el TC, haciendo suya la doctrina expuesta en el caso Malone por el TEDH, declaró que *«el concepto de “secreto” que aparece en el artículo 18.3 no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales»*.

Hay que tener también en cuenta, que el secreto de la comunicación puede coexistir con *otros tipos de secreto jurídicamente garantizados*, supuesto éste en el que la resolución judicial prevista en el artículo 18.3 puede no bastar para acceder al conocimiento de una comunicación. Así *el secreto profesional de los abogados* y las comunicaciones con éstos de sus clientes no podrá resultar afectado por dicha resolución judicial ya que este tipo de secreto profesional está al servicio del derecho a la defensa (art. 24.2 de la Constitución).

La Ley Orgánica. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante LGP) establece en su art. 51 como regla general la libertad de comunicación de los internos, y aunque las comunicaciones pueden ser suspendidas ó intervenidas motivadamente por el director del establecimiento, esto no es de aplicación a las comunicaciones con

⁵ STC 114/1984 *«quien graba una conversación de otros, atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado»*,

el abogado defensor o con el procurador del interno, excepto en el «supuesto de terrorismo»⁶. Aunque la decisión por la que se adopta la interceptación de la comunicación se realiza por autoridad distinta de la judicial, lo que evidencia que estamos fuera del contenido normal del derecho del 18.3, ello no habrá de impedir, como ya se ha apuntado, que se consideren infracciones del citado derecho fundamental, las medidas que menoscaban ilegítimamente, el régimen de comunicaciones de los internos, pues, así ha de entenderse la ya reiterada jurisprudencia del TEDH (caso Campbell y Fell, sentencia de 28 de junio de 1984), de acuerdo con la cual el régimen excepcional de los internados en establecimientos penitenciarios no permite descartar la confrontación judicial de las medidas que afecten a sus comunicaciones con el parámetro del artículo 8 del Convenio⁷.

El Reglamento Penitenciario regula el régimen de las comunicaciones telefónicas y con el abogado en los artículos 47 y 48 respectivamente, y el Real Decreto 1396/1992 de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares regula el régimen de las comunicaciones en el artículo 19⁸.

Por último, en relación con quienes son titulares del derecho fundamental que estamos analizando, la STS de 20 de febrero de 1995 *dice que*

⁶ En las *Líneas directrices sobre los derechos humanos y la lucha contra el terrorismo* adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de julio de 2002 en su artículo XI prescribe que: «Los imperativos de la lucha antiterrorista pueden exigir que el trato de una persona privada de libertad por actividades terroristas sea objeto de mayores restricciones que las que afectan a otros presos en lo referente concretamente a: (I) la reglamentación de las comunicaciones y la vigilancia de la correspondencia, incluso entre el abogado y su cliente;

⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 193/2002, de 28 de octubre establece, las líneas básicas de nuestra doctrina acerca del derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos reclusos en un centro penitenciario y los requisitos que deben cumplir las medidas de intervención de aquéllas.

⁸ «Las comunicaciones orales, especiales, escritas y telefónicas, así como las que puedan mantener los *internos con abogados, procuradores, autoridades y profesionales y la recepción o envío de paquetes y encargos se regirán por lo establecido en el Reglamento Penitenciario Común. común, teniendo en cuenta las siguientes normas específicas y en los n.º 3 y 4 establece;*

3.ª Se autorizarán las llamadas telefónicas desde el exterior cuando procedan del cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad y familiares de primer grado, (como puede observarse no se incluye las que pueda hacerse al Abogado defensor) En los demás casos corresponderá discrecionalmente al Director la concesión de la autorización pertinente. El Director podrá señalar, asimismo, la duración y límites de las comunicaciones telefónicas.

4.ª Las comunicaciones con abogados, procuradores y otros profesionales podrán ser suspendidas o interrumpidas cuando lo exija una situación extraordinaria de seguridad del establecimiento.

son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad. En el caso de las personas jurídico-públicas el TC ha rechazado dicha titularidad.

B) LA SUSPENSIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El artículo 55.1 CE. contempla la posibilidad de suspensión del derecho previsto por el artículo 18.3 CE en caso de que se declare el *estado de excepción o el de sitio*, regulados en la Ley 4/1981, de 1 de junio. Así, cuando la autorización del Congreso contemple la suspensión del secreto de las comunicaciones *se permitirá a la Autoridad gubernativa la interceptación de toda clase de comunicaciones*, ya sean postales, telegráficas o telefónicas: *cuando resulte necesario para el esclarecimiento de los hechos delictivos o el mantenimiento del orden público; y debiendo ser comunicada inmediatamente y por escrito motivado al juez competente.*

Además el artículo 55. CE en su apartado segundo dispone que *«Una ley orgánica determinará la manera y los casos en que, de forma individual y con necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, entre otros derechos fundamentales reconocidos en los artículos...y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas»*⁹.

Aprobada la CE se dictó la LO 11/1980, de 1 diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, hasta que las Leyes Orgánicas 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal y 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal derogan la legislación especial antiterrorista, integrándola en los Códigos ordinarios¹⁰.

⁹ En un primer momento, tras la CE la observación de las comunicaciones podía ordenarse por el Ministro del Interior por un plazo de tres meses, prorrogables por iguales períodos, sin condiciones, dando cuenta inmediata al juez. Posteriormente, se exigió el requisito de la urgencia y podía ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente. (Art. 5 LO 11/1980 y 17 LO 9/1984).

¹⁰ La LO 4/1988, es la que desarrolla en la actualidad el Art. 55.2 CE (Disposición Adicional)

El número 4 del artículo 579 establece que «*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*¹¹ *la medida prevista en el número 3 de este artículo [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] podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado*¹², *comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quién, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación*» (art. 579.4 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*)^{13,14}.

¹¹ La STC 199/187 dice: «El concepto de “bandas armadas” ha de ser interpretado así restrictivamente.» En esta misma línea la jurisprudencia penal hace referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática.

¹² Actualmente el Secretario de Estado de Seguridad, de acuerdo con el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

¹³ La sentencia del Tribunal Constitucional 199/187, de 16 de diciembre (Ponente: D. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER) fue dictada en relación con los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Cataluña y el Parlamento del País Vasco frente a la LO 9/1984, de 26-12-1984, entiende la constitucionalidad del artículo 579,4 LECrim. dado que la L.O. 4/1988, es heredera de la L.O. 9/1984. Se defendía la inconstitucionalidad de los arts. 16 y 17.2 de la Ley Orgánica 9/1984 por violación del art. 55.2 de la Constitución, pues una interpretación sistemática de este artículo llevaba a la conclusión de que el control judicial del ejercicio por parte de la autoridad gubernativa de las potestades que la Ley recurrida le atribuía habría de ser previo y preventivo, y no meramente reparador, no bastando por ello el mero conocimiento a posteriori. En el F.J. 8 se dice «. Nos encontramos en un supuesto característico de aplicación del llamado «principio de concordancia práctica» que impone tratar de hacer compatible la suspensión de los derechos y la intervención judicial. Quiere ello decir que el respeto a la fuerza normativa de la Constitución exigirá mantener toda la eficacia posible de la intervención judicial que fuera compatible con la voluntad, también de la Constitución, de posibilitar una suspensión singular de estos derechos, teniendo en cuenta, además, que la finalidad del precepto es hacer posible esa suspensión, imponiendo, complementariamente y como garantía de esa suspensión, una intervención judicial que ha de hacerse en todo caso compatible con aquélla. Ello supone que en último extremo, pero sólo en último extremo, la «necesaria intervención judicial», debe modalizarse para asegurar la posibilidad de la suspensión».

¹⁴ VIRGALA PORURIA, E. «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español» pag 112:» En este sentido, parece más correcta la expresión «*inmediatamente*» del art. 579.4 LECr actual que la de «*puntualmente* «del art. 17.3 de la LO 9/1984».

Hay ciertos autores (RODRÍGUEZ DEVESA o SERRANO, entre otros) que consideran el citado precepto «*letra muerta*»^{15,16}.

3. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Una primera cuestión a tratar es que la LECrim en el apartado segundo, se refiere a «interceptación de las comunicaciones telefónicas», mientras que en el tercero utiliza la expresión «observación de las comunicaciones telefónicas», por lo que se plantea la cuestión si la LECrim. se está refiriendo a lo mismo o a cuestiones distintas. El devenir de la jurisprudencia ha sido confuso, porque, si bien algunas admiten la distinción entre intervención y observación en el sentido de diferenciar que no toda injerencia en el secreto de las comunicaciones, significa siempre tener conocimiento de la conversación y grabarla, otras, utilizan planteamientos puramente gramaticales, esto es, que con dicha distinción el legislador pretendía de evitar antitéticas repeticiones.

En lo que se refiere a la definición de intervención telefónica, para GIMENO SENDRÁ¹⁷ es *todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones*¹⁸, por el que el juez de

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal. Parte Especial», Madrid, 1995, págs. 802 y 803, estiman que «El referido precepto de la LECrim hay que considerarlo letra muerta, por ir en contra de lo dispuesto en el art. 18.3 CE, pese a los establecido en el art. 55.2 del texto constitucional. La intervención de las autoridades gubernativas, en caso de urgencia, ordenando la observación telefónica, presupone una valoración previa legal del contenido de la ley sobre actuación de bandas armadas y elementos terroristas.» También ASECIO MELLADO en «Prueba prohibida prueba preconstituida»,

¹⁶ En España, tras la desarticulación de la cédula islamista que pretendía atentar contra la Audiencia Nacional, el Ministerio de Interior activó el Plan especial de seguridad para combatir el terrorismo de origen islámico. En ese plan en aplicación del artículo 75 del Reglamento Penitenciario, se ha decidido imponerles el régimen de aislamiento, la restricción de sus movimientos, el control de sus comunicaciones y la prohibición de mantener el contacto con otros reclusos. Las medidas son el resultado de la constatación de que el atentado previsto por un grupo islamista contra la Audiencia Nacional se gestó a partir de los contactos entre varios de sus componentes en las cárceles españolas, en especial en la de Topas (Salamanca).

¹⁷ GIMENO SENDRA, V.: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo». La Ley. Madrid, 1996-2, pág. 1618.

¹⁸ STS 8 de febrero de 1999: «El ámbito de protección de este medio de comunicación no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No sólo la primitiva telefonía por hilos, sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas –escáner u otro artificio técnico adecuado– se encuentra bajo la tutela judicial».

instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y dilucidar la participación del autor.

En la evolución normativa y jurisprudencial de las escuchas telefónicas vamos a distinguir, en orden a la exposición, tres momentos: en primer lugar, hasta la reforma de la LECrim. de 1988, en que la práctica de las intervenciones telefónicas se producían sin base legal alguna. Tras la reforma de la Ley Orgánica 4/1988 en que las intervenciones si tienen cobertura legal Finalmente, la situación actual, en que se practican intervenciones telefónicas con base legal y, sobre todo, jurisprudencial.

3.1. LA SITUACIÓN ANTERIOR A 1988

La posibilidad de que se practicaran intervenciones telefónicas estaba prevista en artículo 55.2 CE sin embargo la LECrim. carecía de norma alguna que regulase las mismas. No obstante este tipo de interceptaciones se venían practicando, al ser uno de los recursos más frecuentes para aportar medios probatorios.

En relación con esta cuestión hay que decir que la CE contiene dos tipos de preceptos: los que podrían llamarse *completos o autosuficientes*, que no requieren operaciones de concreción normativa por parte de los poderes públicos y los que podrían denominarse *incompletos o dependientes*, que necesitan una operación de concreción normativa posterior. La aplicabilidad directa de los derechos y libertades fundamentales ha estado presente entre nuestros autores y en la jurisprudencia constitucional «*lo que supone que para la efectividad de los mismos no existe la necesidad de mediación del legislador ordinario*» (80/1982, FJ 1). Sin embargo el artículo 18,3 CE no era por si sólo suficiente para conferir al juez el poder de autorizar el levantamiento de las comunicaciones, ya que, en palabras de GONZÁLEZ GUITIÁN, «*la exigencia de autorización judicial no puede considerarse salvaguarda suficiente de la intimidad mientras suponga, como supone hoy, un mero trámite burocrático o en todo caso, un cheque en blanco*»¹⁹.

¹⁹ GONZÁLEZ GUITIÁN «Las escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos», Comentarios a la Legislación penal, EDESA, 1986, tomo VII, pag. 131

Ante la falta de norma expresa, la doctrina, se encontraba dividido entre los partidarios del razonamiento analógico y del argumento contrario²⁰, planteándose así un dilema que no es una novedad en referencia a otras experiencias extranjeras²¹. La posibilidad de interpretación analógica se planteaba en relación por un lado con la previsión en la Ley procesal de la detención de apertura de la correspondencia²² y, por otra, de los artículos 192 bis (tipificaba la interceptación de las comunicaciones telefónicas sin autorización judicial) y 497 bis (del descubrimiento y revelación de secretos) del antiguo Código Penal de 1973²³.

El TS en STS de 5 de febrero de 1988 entendió que los artículos 192 bis y 497 bis y la Ley 9/1984 de 26 de diciembre, relativa a bandas armadas y elementos terroristas, eran suficientes para establecer unos cauces procedimentales a los que poder atenerse el juez a la hora de decretar la interceptación de las comunicaciones telefónicas²⁴. Sin embargo tanto, el

²⁰ El antiguo artículo 579 dedicado a la «Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas» disponía: «*Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere, y su apertura y examen si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.*»

²¹ Así, mientras que en ordenamientos, como el italiano, el alemán o el norteamericano, en donde las interceptaciones telefónicas estaban expresamente reguladas, tampoco en el Derecho francés existía una disciplina específica en ese punto y el debate doctrinal y jurisprudencial hubo de centrarse en el alcance a dar a la disposición procesal (art. 81.1 del Código de Procedimiento Penal) que habilitaba al instructor para adoptar «*todos los actos de información que considere útiles, para la obtención de la verdad.*»

²² En contra del recurso a la integración analógica y afirmando, la falta de cobertura legal para la «escucha» telefónica en nuestro país, entre otros, JOSÉ A. DE VEGA RUIZ, «La escucha telefónica en España», en *La Ley*, núm. 881, pp. 1-2 (1984); una opinión semejante se recoge, como «*estudio doctrinal*», en la Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales por el Fiscal General del Estado, Madrid, 1984, pp. 326 y ss. A favor de una asimilación al régimen legal de la detención y apertura de la correspondencia de la interceptación de la comunicación telefónica, Luis M. FARIÑAS MATONI, *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, p. 206 así como JAVIER BARCELONA LLOP, en «Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad», en *Revista de Administración Pública*, 112, 1987, p. 97.

²³ NARVAEZ RODRIGUEZ, Antonio, «Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal» en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 1, 1995, Pág. 135. «*los artículos del Código Penal introducidos por la Ley de 1984, únicamente tipifican determinadas y el requisito de la autorización judicial no es más que un presupuesto del tipo de uno de ellos, pero no establecen, como era de prever, le existencia de una regulación del procedimiento que habilite los supuestos en que puede concederse esa autorización judicial y las condiciones para su concesión.*»

²⁴ «*Las relaciones de medios probatorios de las leyes de procedimiento no tienen el carácter de exhaustivas, en cuanto configuran una ordenación acorde con el momento en que se promulgan. Las innovaciones tecnológicas (...) pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer.*»

TEDH en el *Caso Valenzuela Contreras contra España* como el TC en sentencia 49/1999, consideran que el art. 18,3 CE sin posterior desarrollo es insuficiente para decretar intervenciones telefónicas.

Caso Valenzuela Contreras contra España

Los hechos, en los que trae su causa esta sentencia, se remontan a 1985. Cosme Valenzuela Contreras al que se condena por un delito de amenazas e injurias graves con base en unas intervenciones telefónicas, tras agotar los recursos internos interpone una demanda ante el Comité Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El TEDH para determinar si estamos en presencia de una injerencia prevista por la Ley, estimaba que hay que referirse no sólo a la existencia de una legislación estatal, sino también a que ésta sea de suficiente calidad. La *calidad de la Ley* supone que el Derecho interno debe ofrecer cierta protección contra los eventuales atentados arbitrarios de los poderes públicos contra los derechos del Convenio²⁵. De ahí que la Ley deba ser accesible y previsible: la *accesibilidad de la ley* se concreta en la posibilidad de que la persona pueda prever las eventuales consecuencias que de ella pueden deducirse²⁶ y «*la exigencia de previsibilidad implica que el Derecho interno debe usar términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones permite a los poderes públicos adoptar tales medidas*»^{27,28,29}.

Estas ideas, aplicadas al secreto de las comunicaciones, se concretan en algunos contenidos que son necesarios en toda legislación estatal, para

²⁵ STEDH caso Malone, de 2 de agosto de 1984.

²⁶ Sentencias Kruslin, de 24 de abril de 1990 y Kopp, de 25 de marzo de 1998.

²⁷ Recuerda lo señalado en las Sentencias Malone; Kruslin; Halford, 25 de junio de 1997, Kopp: *la exigencia de reglas claras y detalladas en la materia parece indispensable porque los procesos técnicos no cesan de perfeccionarse*.

²⁸ De lo anterior se deduce que no sería imprescindible modificar la la LECrim para respetar el derecho al respeto de las comunicaciones recogido en el artículo 8 CEDH, ya que el TEDH maneja una noción laxa de Ley, en la que puede incluirse también la doctrina jurisprudencial existente en una materia dada, y desde esta perspectiva es claro que a partir del Auto del TS dictado en el caso Naseiro, las exigencias de la jurisdicción europea son respetadas por el Derecho español. Pero el TEDH se pronuncia así porque en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al common law, la jurisprudencia es fuente de derecho, y en países como el Reino Unido la injerencia es lícita si la doctrina jurisprudencial lo prevé.

²⁹ El artículo 1,1 del Código Civil establece como fuentes del ordenamiento jurídico español la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. mientras que el nº 6 dice que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico

conjurar posibles abusos por parte de las autoridades públicas como son: *la definición de las categorías de las personas susceptibles de ser sometidas a una intervención judicial de sus comunicaciones; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello; la fijación de un límite temporal para la ejecución de la diligencia; las condiciones del establecimiento de procesos verbales de síntesis que consignen las conversaciones intervenidas; las precauciones exigibles para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, para su posible inspección por el Juez y por la defensa, y las circunstancias en las que puede o debe operarse el borrado o la destrucción de las citadas grabaciones, especialmente después de que la acusación ha sido retirada o se ha absuelto al acusado.*

El Tribunal de Estrasburgo estimaba que, a pesar de que hay en España una base legal en materia del secreto de las comunicaciones que es accesible, *no respeta el principio de previsibilidad de la Ley*. Esto suponía que la legislación española no presentaba, en esta materia, una mínima calidad, al obviar casi todos los contenidos a los que se acaba de hacer referencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1999, de 9 de abril

Esta sentencia tiene su origen en una serie de recursos de amparo que cuestionan la legitimidad constitucional de un conjunto de actuaciones policiales y procesales por la presunta vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

La argumentación del TC que presenta mayor interés en relación con la cuestión que estamos analizando, es el que se refiere a la *posición del legislador en relación con los derechos fundamentales*, concretamente, si el legislador puede vulnerar un derecho fundamental. En este sentido dice que *«La reserva de ley no es una mera forma; sino que implica exigencias respecto al contenido de la Ley»*. Aunque las mismas pueden variar en función del concreto ámbito material que regulan, puede afirmarse, ya en relación con la intimidad, que solamente puede verse judicialmente afectada con apoyo en una inexcusable previsión legislativa, que debe expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Valiéndose de estas afirmaciones, y también de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo al amparo del artículo 10.2 CE³⁰, el TC reconoce que el ordenamiento jurídico no respeta el artículo 18.3 CE.

³⁰ El TC entiende que el artículo 18.3 debe interpretarse conforme a la doctrina del TEDH porque *«remite a los mismos fundamentos» que el estudio del Derecho constitucional español en la materia»*.

Sin embargo, mientras que el TEDH, una vez que considera vulnerado el derecho al respeto de las comunicaciones porque la ley interna no era previsible, no examina las restantes alegaciones del recurrente, el TC, afirma, que, si bien es cierto que la insuficiencia de la ley provoca una vulneración del artículo 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra, *«no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención»*³¹.

3.2. SITUACIÓN TRAS LA REFORMA DE LA L.O. 4/1988, DE 25 DE MARZO

Esta Ley Orgánica fue que la que dotó a las intervenciones telefónicas de cobertura legal y así en el artículo 579 wstablece: *«1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 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*

³¹ *«Si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas».*

escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación»³².

Sobre este artículo también se pronunció el TEDH en la STEDH de 18 de febrero de 2003:

Caso Prado Bugallo contra España

En el marco de una investigación judicial por tráfico de estupefacientes, el Juez ordenó, entre septiembre de 1990 y enero de 1991, de conformidad con el artículo 579.3 de la LECrim, se intervinieron las líneas telefónicas pertenecientes a varias personas sospechosas de pertenecer a una organización de tráfico de cocaína. Tras ser rechazados los recursos internos³³, José Ramón Prado Bugallo interpuso una demanda individual ante el TEDH, el cual por unanimidad, determina que se violó el artículo 8 CEDH.

³² En lo que se refiere a la Ley Procesal Militar el **Artículo 188**. «*Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención. Para la práctica de estas diligencias se dirigirá mandamiento a quien haya de efectuarlas y, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o filmación, se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, cumpliéndose para su conservación lo dispuesto para la correspondencia en lo que sea aplicable*» y el **Artículo 189** «*Las grabaciones o filmaciones serán entregadas inmediatamente al Juez que hubiere acordado la intervención, quien para la audición o visión estará a lo dispuesto para la lectura de la correspondencia*».

³³ LÓPEZ GARRIDO, «Comentarios a la STDH de 18 de febrero de 2003. Caso Prado Bugallo contra España». Actualidad jurídica. Aranzadi. Año XII, nº 55: «*Las escuchas en el caso Prado Bugallo estaban regidas ya por la nueva versión de la LECrim pero todavía no se había producido la más relevante y minuciosa interpretación complementaria que llevaría a cabo el TS. Ni la Audiencia Nacional, ni la Sala de lo Penal del TS al resolver en casación, ocultarían sus reticencias en relación con la regulación vigente, aunque darían por buena la ejecución de las escuchas y, obviamente, el resultado del proceso*. En la casación se había alegado el atentado contra el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), pero también, desde la óptica del artículo 24, se argüía la infracción de la presunción de inocencia así como de la utilización de los medios de prueba. Argumentos todos ellos que fueron rechazados. Destacar que las tres sentencias –de la Audiencia Nacional, del TS y del TC–, por mas que las dos primeras albergaran ciertas reticencias para con la regulación, se cuidan de destacar que las escuchas se hicieron con las debidas garantías y precauciones: supervisión judicial permanente, motivación, indicación del número de los teléfonos y de los titulares, precisión de los delitos imputables, etc., en una descripción bastante minuciosa (pp. 20, 22 y 23).»

El TEDH concluye que, no obstante los notables progresos aportados por la ley de 1988, persisten importantes lagunas en el momento en que se realizan las intervenciones telefónicas. El artículo 579 de la LECrim. tan sólo delimita: la forma que debe adoptar la resolución de intervenir las líneas; el plazo y los motivos de la prórroga de la intervención; el objeto de la medida: descubrimiento o verificación de un hecho o circunstancia importante para el asunto y las las personas susceptibles de intervención. *A sensu contrario* la ley no establece: la naturaleza de las infracciones que pueden dar a las escuchas; un límite a la duración de la medida; las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas para su control eventual por el Juez y la defensa.

El TEDH consideró que se ha producido la violación del artículo 8 CEDH³⁴, porque a pesar de que la jurisprudencia nacional puede llenar los requisitos de exigidos por la necesidad de una ley formal, no ocurre lo mismo con respecto de los que se derivan del contenido material de la ley, es decir, de lo que el Tribunal ha denominado «*calidad de la ley*».

3.3. LA SITUACIÓN ACTUAL

La STC 184/2003, de 23 de octubre establece que, aun admitiendo que el artículo 579 LECrim no recoge todas las previsiones que exige el TEDH para considerar la medida conforme al art. 18,3 CE y 8 CEDH³⁵, sin embar-

³⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, ob. cit. «*El problema estriba en que las mencionadas innovaciones-aclaraciones son posteriores a los hechos, con el resultado indudable de que no podían orientar la conducta de los ciudadanos, tal y como dice la sentencia: «Como el Delegado de la Comisión, el Tribunal constata a pesar de todo que esta evolución ha tenido lugar más tarde que el auto decretando la intervención de las escuchas en la línea telefónica del demandante»En efecto, en aquel momento, aparte del importante art. 18.2 CE, que no puede ir más allá de donde llega, solo cabía echar mano de los preceptos de la vieja LECrim referentes, como se recordó, a la «detención de la correspondencia postal y telegráfica», los artículos 579 y siguientes. ¿Era esto suficiente? Los dos órganos de Estrasburgo que intervinieron en el asunto, tanto la Comisión como el Tribunal, fueron del parecer inequívoco de que España no estuvo a la altura de las circunstancias e incumplió sus obligaciones derivadas del Convenio (la Comisión por once votos contra seis y el Tribunal por unanimidad).»*

³⁵ «*Hemos reconocido las insuficiencias de que adolece la regulación contenida en el art. 579 LECrim a la luz de las exigencias del art. 18.3 CE, interpretado conforme al art. 8 CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (..)sin embargo, no se resolvería adecuadamente a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art.579LECRim(..)en la medida en que la reparación de la eventual inconstitucionalidad solo podría alcanzarse supliendo las insuficiencias de las*

go opina que el problema no se resolvería con una cuestión de inconstitucionalidad. Concluye que hasta que el legislador regule la materia que nos ocupa, son los tribunales los que deben unificar y consolidar su doctrina en materia de intervenciones telefónicas³⁶. En el mismo sentido se pronuncia el T.S en STS 864/2005, de 2005 *«este Tribunal considera que la actual regulación junto con la práctica judicial de las intervenciones telefónicas en España colma las exigencias del Convenio y la doctrina del TEDH, al menos en lo relativo a las circunstancias que concurren en el presente caso. Así pues, es admisible que la Ley regule el contenido esencial y el resto sea complementado, siempre con carácter garantizador, por la Jurisprudencia(..) el sistema debe enjuiciarse en su conjunto. (..). Cuando el sistema en su conjunto (Ley esencial + jurisprudencia exigente y garantizadora) cumple con los parámetros del Convenio y la doctrina del TEDH, no cabe afirmar que una escucha que cumple con dichos parámetros no sea válida (..) cuando el Juez además de la regulación legal ha tenido en cuenta y cumplido el resto de las exigencias que la Jurisprudencia impone, entonces la injerencia judicial será lícita y válida, pues, cumple con los referidos parámetros establecidos en el CEDH»*.

De lo anterior se desprende, que el art. 579 y la jurisprudencia son la fuente habilitadora de las escuchas telefónicas hasta que se reforme la LECrim³⁷. *«Esta Sala (..) ha reclamado una completa regulación legal de la*

que trae causa y no mediante la declaración de inconstitucionalidad y, en su caso, nulidad de un precepto que no es contrario a la Constitución por lo que dice, sino por lo que deja de decir(..)El ejercicio por este Tribunal de su tarea depuradora de normas contrarias a la Constitución culminaría, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal –art. 579 LECrim– que agravaría el defecto mismo –la falta de certeza y seguridad jurídicas al producir un vacío mayor»

³⁶ NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales» dice lo siguiente: *«Pese a la condena a España por parte del TEDH y a la constatación por el TC de la evidencia de que el artículo 579 no respeta las exigencias derivadas del principio de legalidad, el Alto Tribunal ha decidido no plantearse su inconstitucionalidad(..) Es lamentable que la desidia del legislador en relación con la relevante cuestión de por qué, cuándo, cómo, y para qué pueden interceptarse las comunicaciones de todo tipo de los ciudadanos haya propiciado la elaboración por el TC de un discurso práctico que convierte en absolutamente irrelevante una garantía esencial del Estado de Derecho:: la legalidad. Lo más grave es que el TC ha ignorado que se trata de un presupuesto necesario que no cabe obviar so pretexto de la proporcionalidad de la intromisión en el caso concreto, salvo que se adjudique a este último principio una función pervertida, inversa a la que le corresponde como instrumento de protección de los derechos fundamentales, y constitutiva de caldo de cultivo para el surgimiento de todo tipo de arbitrariedades. En definitiva, nos encontramos una evolución de la jurisprudencia constitucional relativa al papel del principio de proporcionalidad poco garantista.»*

³⁷ *«Ahora bien, una vez que la Ley ha regulado las cuestiones que constituyen la esencia de la medida, es posible que el resto sea elaborado jurisprudencialmente siempre y cuando este complemento sea claramente de carácter garantizador»*.

injerencia telefónica, al tiempo que destaca que la insuficiencia legal del art. 579 de la Ley procesal requiere una complementación jurisprudencial para acomodar el contenido de la injerencia a las exigencias del CEDH a la jurisprudencia del TDEH y al contenido esencial del derecho constitucional. (...), el sistema español de las escuchas telefónicas, considerado en su conjunto –esto es, Ley más las exigencias jurisprudenciales– cumple sin duda con los parámetros del CEDH y con la doctrina del TEDH.»

Esta postura es razonable dado que, como ya se ha analizado, el TEDH ni exige que sea una ley la que regula la injerencia en el secreto de las comunicaciones telefónicas, ni ha excluido a la jurisprudencia a efectos de cumplir el requisito de calidad de la ley³⁸. En relación con esta cuestión, el TEDH en el caso Valenzuela encuentra en el ordenamiento español una regla precisa a la que en su opinión deben sujetarse los operadores españoles y que es el Auto del TS de 18-6-1992 (caso Naseiro). Los parámetros que el citado ATS proscribía son: no exteriorización de indicios y falta de motivación efectiva; ausencia y periodicidad de control, del control; la disociación entre autorización e investigación; entregas de copias, no de originales; constatación de la proporcionalidad, determinación de la medida y sus límites entregas de copias, no de originales, constatación de la proporcionalidad, y determinación de la medida y sus límites.

4. EL *MODUS OPERANDI* DE LAS INTERVENCIONES EN EL PROCESO PENAL

De lo aportado por la doctrina jurisprudencial del TS³⁹, y del TEDH⁴⁰ podemos determinar cuales son los *principios que deben regir la observación de las comunicaciones telefónicas*.

³⁸ Vease nota 28

³⁹ La doctrina legal esencial puede ceñirse, entre otras, a las siguientes resoluciones (aunque algunas deben ser examinadas muy de cerca en relación con el caso concreto). Así, resultan del mayor interés, las SSTC 85/1994 –ff. jj. 2, 3 y 4–, 86/1995 –f j 3–, 49 –f j 3– y 54/1996 –f j 8–, 299/2000 –f j 4–; SSTS 5-2-1988, 7-6-2002 y el fundamental, como ya se ha señalado, ATS 18-6-1992 –Caso Naseiro–, 25-6-1993, 25-3, 18-4, 9, 20-5, 12-9 y 23-12-1994, 10-1 y 3-6 y 7-7-1995, 10-1, 22-7 y 20-12-1996, 18-4 y 7-11-1997 –subasteros de Madrid–, 19 y 20 y 22-1-1998.

⁴⁰ Podemos destacar casos Malone, Kruslin y Huvig, Masson y van Zon (STEDH 28-9-1995), Leutscher (STEDH 26-3-1996), Halford (STEDH 25-6-1997), COP. Valenzuela, Coban (ATEDH 25-9-2006).

1. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

En nuestro ordenamiento la intervención en el secreto de las comunicaciones ha de responder siempre, y sin más excepción, que el artículo 55 CE, a una decisión judicial.

1.1. Necesidad de motivación

En nuestro Derecho constitucional histórico (Constituciones de 1869, 1876 y 1931) las normas protectoras de la «*inviolabilidad de la correspondencia*» reclamaron, como condición para su afectación, el que la resolución del juez fuese motivada, exigencia esta ausente hoy en el artículo 18.3. En el curso de la elaboración y discusión de la actual Constitución no faltaron enmiendas tendentes a introducir en el texto esta específica cautela⁴¹. En relación con esta cuestión la jurisprudencia del TC es inequívoca: «*toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado*» (Sentencia 62/1982, de 15 de octubre)⁴².

En nuestro vigente Derecho procesal penal se ha de realizar la interceptación mediante *auto*, que es una resolución motivada (art.141 de la LECrim). Según la STS de 12 de abril de 1997, el *contenido de la decisión judicial que autoriza la invasión del secreto de las comunicaciones* es el siguiente: «a) una resolución judicial autorizando la interceptación de las conversaciones telefónicas; b) que la resolución judicial, que adoptará la forma de auto, esté suficientemente motivada en atención a las circunstancias del caso concreto; c) que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención; d) que se designen los funcionarios de la Policía Judicial a los que se encomienda la práctica de las escuchas⁴³; e) que se señale un plazo

⁴¹ Enmiendas al anteproyecto de Constitución números 116 (Minoría Catalana), 339 (Grupo Socialista), 470 (Grupo Mixto) y 695 (Grupo Comunista), presentadas todas ellas ante la Comisión del Congreso de los Diputados

⁴² En el mismo sentido el Tribunal Supremo así la STS 13 de abril de 2005 «*Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar(..) el deber de motivación, particularmente intenso en supuestos de esta clase, desplaza la carga de la prueba de la corrección del modus operandi sobre el juez, como obligado a justificar y a justificarse.*»

⁴³ Véase la STS de 24 de enero de 2005

en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica; f) que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado; g) que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes, y h) que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral».

Las sentencias del TC anteriormente citadas, añaden que en la parte dispositiva de la resolución judicial se han de observar los *requisitos subjetivos*, como el destinatario de la medida, y objetivos como el número de teléfono, el delito objeto de investigación y finalidad de la misma.

Por último la motivación de la resolución judicial, es imprescindible que refleje *el juicio de proporcionalidad*. El juez se sitúa en la posición de árbitro ante dos derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos, realizando de forma individualizada, conforme a sus concretas y particulares circunstancias y, caso por caso, el necesario e imprescindible juicio de proporcionalidad, que el TEDH asienta en la satisfacción de una necesidad imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida⁴⁴.

1.2. La notificación al interesado

Los actos del poder público que afecten a derechos subjetivos de los ciudadanos han de comunicarse a éstos produciéndose, de lo contrario, indefensión. Sin embargo, para el caso de la resolución judicial cuyo contenido consista en el levantamiento del secreto de las comunicaciones, el sentido mismo de la medida puede requerir el que tal notificación al afectado no sea inmediata, so pena de frustrar su finalidad propia, aunque sí habrá de serlo al término de la misma^{45,46}.

⁴⁴ Sentencias de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside; 26 de abril de 1979 caso The Sunday Times; 24 de marzo de 1988, caso Olsson, y 21 de junio de 1988 caso Berrehab, entre otras.

⁴⁵ El artículo 18.1 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, disponía que «*las resoluciones en que se decreten las suspensiones de derechos contenidos en los artículos precedentes serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones*». En la República Federal de Alemania, la polémica sobre la interceptación, con fines de investigación penal, de las comunicaciones giró en buena medida sobre este punto de la notificación al afectado de la interceptación acordada y de la garantía jurisdiccional frente a los posibles vicios de la misma.

⁴⁶ La STS de 19 de enero de 2004 «*Tampoco podemos acoger la postura opuesta que considera implícita la declaración de secreto cuando se acuerda una intervención tele-*

1.3. La notificación al Ministerio Fiscal

El artículo 124,1 CE atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley⁴⁷ por otra parte el artículo 306 de la LECrim., prevé que el Fiscal esté permanentemente constituido en el proceso penal, ejerciendo la inspección de la causa junto al Juez de Instrucción⁴⁸.

La doctrina emanada del TC(STC de 16 de mayo de 2000, la de 11 de noviembre de 2002, 29 de junio y la de 24 de octubre ambas de 2005 y la de 8 de mayo de 2006 entre otras sostiene que la falta de notificación del auto que acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas *vulnerará el artículo 18,3 CE cuando no es notificado al Ministerio Fiscal*, puesto que ello impide el control inicial de la medida en sustitución del interesado dado que al estar declarado el secreto de las actuaciones por el Juez de Instrucción, es el Fiscal el único que puede llevar un control externo de dicha medida⁴⁹.

fónica, so pena de entender esta declaración inútil y absurda, pues la Ley procesal está para cumplirse y el adecuado juego de los arts. 118 y 302 de la LECrim, que acabamos de explicar, no deja otra opción que la obligatoriedad de su cumplimiento: no cabe excluir la comunicación de la existencia del procedimiento penal a los imputados, ordenada por el art. 118, si no se adopta al mismo tiempo la medida de secreto (...).Ciertamente, si el Juez, que tenía facultades y justificación para acordar el secreto de la instrucción, no lo hizo, por olvido o por creer que no era necesario (una vez más hemos de poner de manifiesto la escasa regulación que sobre las intervenciones telefónicas nos ofrece el art. 579 de la LECrim) o por cualquier otra razón, en nada perjudicó las mencionadas posibilidades de defensa. No obstante, la solución que hemos de adoptar para decidir sobre estos motivos primeros de los recursos de los condenados en este proceso ha de ser la siguiente: existió vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia de los arts. 18.3 y 24.2 CE.»

Sin embargo en la STS de 24 de abril de 2002 sostenía «. El mantenimiento del procedimiento en secreto, sin haber acordado formalmente esa medida, mientras se mantiene la intervención telefónica, constituye una infracción procesal, una práctica rechazable, pero no supone una vulneración de derechos fundamentales que determine la nulidad de lo actuado, siempre que en fase de instrucción los imputados hayan podido conocer las diligencias practicadas y solicitar la práctica de las que fueran de interés a sus derechos con anterioridad a la clausura de dicha fase»

⁴⁷ La Consulta 1/1999 de la Fiscalía General del Estado está dedicada al «Tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones».

⁴⁸ El artículo 4,1 del Estatuto del Ministerio Fiscal en la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre establece que el Fiscal podrá «*interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información del estado de los procedimientos de cualquier clase*»

⁴⁹ En relación con la Sentencia de 24 de octubre de 2005 el Magistrado don Javier Delgado Barrio formuló voto particular al que se adhiere el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez: «*entiendo que esa exigencia de notificación al*

Sin embargo la posición del Tribunal Supremo sobre el efecto que produce la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución que habilita a la intervención de las comunicaciones, y que a mi modo de ver es la más correcta, es radicalmente diferente y sostiene *que no produce* la nulidad de la misma y ni de toda prueba que pueda, directa o indirectamente, derivarse de la resolución nula. Se basa en que ni la Constitución ni otra norma de inferior rango atribuyen al Ministerio Fiscal el control de la resolución judicial que acuerda la limitación del secreto de las comunicaciones, sino que es la propia resolución motivada la que lleva a cabo el control de la razonabilidad de la decisión, siendo el Juez instructor, desde su deber de imparcialidad, sometido a la legalidad el que tiene esa misión.

La STS de 4 de junio de 2007 mantiene que con ello no se causa indefensión al interesado o persona que está siendo objeto de investigación porque él mismo, una vez alzado el secreto del sumario o de las actuaciones penales de la clase que sean, puede impugnar el auto que autorizaba la intromisión en el derecho fundamental,

2. SUJETOS

En relación con la delimitación de las personas que, pueden quedar sujetos al levantamiento del secreto de sus comunicaciones aunque la LECrim. se refiere sólo al procesado (art. 579), la mayoría de la doctrina⁵⁰ entiende que dicho término no debe interpretarse en el sentido de la persona contra la que se ha dictado auto de procesamiento del art. 384 LECrim, sino a la que en la causa penal, ostenta la cualidad de *inculpada*,

Fiscal y la conclusión de que la ausencia de tal notificación vulnera por sí misma el art. 18.3 CE carece de fundamento constitucional o legal. (..). Una resolución judicial a la que hemos exigido un conjunto de requisitos desde el punto de vista de su motivación para afirmar la legitimidad constitucional de la medida (..) destacando también la necesidad de control judicial de la ejecución de aquélla, todo ello para garantizar su corrección y proporcionalidad, lo que integra el contenido esencial del art. 18.3 CE (STC 49/199, de 5 de abril F. 11). Así configurada, la garantía judicial aparece como un mecanismo preventivo destinado a proteger el derecho, a través del control de la actuación policial por el órgano al que la Constitución otorga la función de garante de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho al secreto de las comunicaciones: el Juez. Ni el art. 18.3 CE atribuye tal función de control al Ministerio Fiscal, ni de la interpretación sistemática de este precepto con el 124.1 CE se desprende dicha exigencia, ni siquiera contemplada en la regulación legal.»

⁵⁰ Entre otros, VEGAS TORRES, «Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal» LA Ley, Madrid, 1993.

encartada, etc, pues de lo contrario quedarían excluidos la mayoría de los delitos, ya que la L.O. 7/1988, ha convertido el sumario en algo quasi excepcional⁵¹.

3. EXISTENCIA PREVIA DEL PROCEDIMIENTO

Otro requisito es la necesidad de la previa existencia del procedimiento penal, mediante la incoación de las diligencias instructoras. No obstante, la mayoría de las ocasiones en que se adopta, coincide en el momento la apertura de las diligencias judiciales de investigación y con la adopción de la intervención telefónica con base en las pesquisas policiales que sirven de solicitud de esta medida. Así en estos casos, la resolución judicial paralelamente autorizará esta medida y decretará el inicio del correspondiente proceso penal⁵².

El TC, en Sentencia de 5 de abril de 1999, afirma que la intervención telefónica ha de ser dictada en un proceso, y en consecuencia, otorga validez a las diligencias indeterminadas, cuando se «unen», sin solución de continuidad, al proceso judicial incoado en averiguación del delito, por satisfacer así, las exigencias de control.

4. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

4.1. Indicios del delito

Como recuerda la STS de 8 de enero de 2004, es requisito fundamental para decretar la intervención telefónica que, exista con carácter previo, *indicios de la comisión del delito, y no meras sospechas o conjeturas*, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores

⁵¹ ASENCIO MELLADO, ob. Cit., pág 108: «no cabe defender una interpretación literal del término *procesado* del art. 579 LECrim., más bien parece que el legislador, por fuerza de la costumbre, ha seguido manteniendo la original redacción del artículo 579, la cual corresponde a un momento histórico en que el auto de procesamiento era una medida común par todo tipo de delito, situación esta que ya se vió modificada en 1967 y con mayor profundidad en 1988.»

⁵² Tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en afirmar la posibilidad de proceder de esta forma, pero nunca puede autorizarse previamente al inicio e incoación del procedimiento penal (STS de 25 de marzo de 1994

del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilite la policía (STS de 26 de febrero de 1998).

4.2. Existencia previa del delito

La adopción judicial de la intervención sólo cabrá cuando *exista ya el hecho delictivo, lo que equivale a que nunca se acordará la intervención con el fin de descubrir de forma indiscriminada o general cualquier conducta delictiva, exigiéndose concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado, porque supondría conceder autorizaciones en blanco* (STS 6 abril de 1998).

La experiencia demuestra, en ocasiones, *bien por novación del origen tipo penal. que la inicial investigación se transforma, bien por adición o suma de otras características penales*. En el primer supuesto, no se vulnera la especialidad, y sólo en el caso de que el objeto de la intervención se nove en otro distinto del inicialmente previsto y al que se dirigía en un principio la investigación, se exige que el Juez adopte una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente, porque como afirma nuestra jurisprudencia, siguiendo las sentencias del TEDH (caso Malone y caso Kruslin y Huvig), no puede renunciarse a investigar la noticia criminis incidentalmente descubierta. Es lo que denominamos los «*hallazgos casuales*».

Los hallazgos casuales, se producen cuando el Juez instructor concede autorización para un determinado delito, y en el curso de la investigación aparece otro distinto, al del objeto de la medida. Fue el repetido auto de 18 de junio de 1992 el que sentó que si el delito que aparece en las intervenciones telefónicas es distinto para el que se acordó judicialmente la medida, la policía dará inmediatamente cuenta al juez a fin de que adopte la resolución que proceda.

5. LA PROPORCIONALIDAD DE LA INTERVENCIÓN

5.1. Excepcionalidad de la medida

La medida procesal que estamos estudiando, como limitativa o restrictiva del derecho al secreto a las comunicaciones, sólo se adoptará cuando no exista otro medio de investigación del delito menos gravoso. Por ello, si es posible acudir a otros medios probatorios o de investigación más leves y, que no afecten a derechos fundamentales del individuo habrá que recurrir a ellos.

5.2. Gravedad del delito

Otra manifestación del *principio de proporcionalidad* (así, STC 54/1996)⁵³ consiste que *no todos los delitos* y, en cualquier caso, nunca las faltas *son susceptibles de ser investigados con vulneración de este esencial derecho*, ya que se requiere la gravedad del delito.

En el artículo 579 de la LECrim, no se especifica qué delitos pueden ser susceptibles de la intervención, a diferencia de otros ordenamientos como los de Alemania, Grecia, Bélgica, Estados Unidos en los que sí existen catálogos cerrados de infracciones penales susceptibles de ser investigados por esta medida.

Dado esa falta de especificación, y siguiendo al auto de 18 de junio de 1992 y la doctrina del TEDH en el caso *Krusling y Huvig*, se desprende que esta medida, se reservará sólo para aquellas conductas susceptibles de subsumirse, *en delitos tipificados como muy graves*. De acuerdo al sistema actual tripartito de delitos, se podría entender que los *delitos graves y dentro de éstos, los que tienen mayor pena*, es decir, *como mínimo superiores a tres años de privación de libertad* (art. 33. 1 CP), pueden ser objeto de investigación mediante sacrificio constitucionalmente aceptable del derecho al secreto de las comunicaciones^{54,55}.

6. CONTROL JUDICIAL DE LA INTERVENCIÓN

El tan citado artículo 579 LECrim ha venido a sancionar la exclusividad jurisdiccional en materia de limitación del derecho al secreto de las comunicaciones. Así la medida en su origen, adopción y fiscalización exclusivamente puede ser sometida al órgano judicial instructor encargado de la investigación de los hechos. *«Control judicial riguroso, en grado sumo, de la intervención telefónica, no sólo de su iniciación, sino también del desarrollo y cesación de la medida, rigor especial teniendo en cuenta el desconocimiento en que ha de estar el vigilado, por razones obvias, de la*

⁵³ Véase STC 123/1997, y, STS 2-2-1998.

⁵⁴ Otro criterio que se podría tener en cuenta es que, la Decisión _marco sobre la orden de detención y entrega entre Estados de la Unión europea para evitar el control de la doble incriminación (DOCE 190 de 17 de junio de 2002) que recibió en España su desarrollo legislativo por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, establecen que la citada orden se podrá dictar para delitos para los que se prevea una pena o medida de seguridad cuya duración máxima sea de al menos tres años.

⁵⁵ A este respecto, resulta del mayor interés la STS 4-2-1997.

vigilancia a que es sometido»⁵⁶. También es exigible el dicho control respecto a las *prórrogas* (STS de 17 de abril de 1997).

6.1. Exclusividad judicial de la selección de lo intervenido para su incorporación a la causa

A la Policía Judicial no le es dado seleccionar lo que entienda relevante de lo que resulte insignificante a los efectos de la investigación interesada, de ello se deriva, además de la necesaria entrega al Juez de la integridad de los originales (masters) en que consten la totalidad de las grabaciones, que por aquél y el Secretario judicial se proceda a las transcripciones y a la incorporación a la causa de los pasajes de interés para la misma⁵⁷.

El respeto a la intimidad que las comunicaciones incorporan impone como única la solución la entrega íntegra, al final de la diligencia, del original de las cintas magnetofónicas donde aquélla se ha plasmado⁵⁸. Si el art. 7.1 LO 4/1997 Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, establece la entrega íntegra y por original de los soportes de audio y vídeo al Juez competente, con las imágenes o sonidos obtenidos así, si para lo menos (la seguridad ciudadana) existe un protocolo legal, para lo más (injerencia en la intimidad en un proceso penal) habrá de seguirse idéntico protocolo⁵⁹.

⁵⁶ Entre otras: STC 85/94 de 14 de marzo.; SSTS de 23 de mayo de 1996 y 21 de abril de 1997.

⁵⁷ Entre otras, SSTS 5-2 y 27-6-1988, 25-6-1990, 7-7-1993.

⁵⁸ QUERALT, J. J. «Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre letrado y cliente». Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García COLEX, Madrid, 2006. «*El no hacerlo así se considera un defecto formal que puede ser salvado o bien mediante otras pruebas o bien, dándole carácter a las transcripciones parciales, que pueden ser averdadas en el juicio oral por, entre otras SSTS 11, 17, 25-10-1994, 19-11-1995, 14-4-1996, 17-2, 7-4-1997. Ello supone que quien ha hecho mal una actuación, la puede sanar sin más a costa del derecho lesionado. Solo es admisible la condena si los hechos probados se derivan de otros datos, legítimamente obtenidos y regularmente acreditados en el juicio oral, que nada tengan que ver con tan irregulares observaciones telefónicas. Otro sector jurisprudencial, si bien considera que tal transpiración parcial policial de las escuchas y subsiguientes grabaciones como prueba, no impide seguirles atribuyendo carácter de diligencia de investigación (así, STS 28-3-1996, a la que sigue STS 7-4-1997). Al menos que no constituyan prueba de cargo es ya una garantía, pero lo que no resulta admisible es que, pese a su ilegalidad, se permita seguir la indagación. La teoría del fruto del árbol envenenado se hace aquí de necesaria aplicación.*»

⁵⁹ En Bélgica y Francia la transcripción la hace la Policía Judicial, sin perjuicio de que las transcripciones sean posteriormente examinadas por el juez, para determinar

Lo decisivo es, como señala la STS 4-11-1994, «*que el Juez autorizante no se desentienda de la medida que autoriza y la controle en la medida de lo posible*».

6.2. La limitación temporal y el secreto de las actuaciones

El 302 de la Ley procesal establece que el juez tendrá que decretar el secreto de las actuaciones por un plazo máximo de un mes, como excepción al principio de publicidad que rige nuestro proceso penal, por el contrario el artículo 579.3 de la Ley procesal, fija la limitación temporal de la intervención telefónica, en tres meses, prorrogables. Así habrá de determinarse cuál de los dos plazos rige como límite temporal en la práctica de observación telefónica y, si la intervención durante el tiempo que dure debe ir acompañada del secreto sumarial.

Las opiniones doctrinales al respecto, demuestran que no es una solución pacífica. Por una parte, los artículos 118 y 788.1 de la LECrim obligan a jueces y Tribunales a instruir del derecho de defensa a toda persona que se le impute un acto punible, y a comunicarle inmediatamente la existencia del procedimiento. Por otro lado, el derecho de defensa entra en conflicto con el éxito de la investigación penal de carácter excepcional de hechos especialmente graves. MONTÓN REDONDO⁶⁰, se inclina por la postura sentada por el TEDH, en los casos Axen de 22 de febrero de 1984 y Pretto de 8 de diciembre de 1983, afirmando que es constitucional y compatible la prórroga del secreto sumarial por encima de los límites legales con los derechos fundamentales que pudieran afectarse con esa prórroga, puesto que debe primar el «interés de la justicia».

Otro sector doctrinal, como GIMENO SENDRA Y RODRÍGUEZ RAMOS⁶¹, sostienen la postura contraria, así este último afirma que la duración de la medida será como máximo de un mes prorrogable, pues al tener que declararse secreto el procedimiento al amparo del artículo 302, este plazo, más favorable para los derechos del imputado, será el aplicable.

cuales son los pertinentes para la instrucción, y que las partes puedan solicitar que se consulten las conversaciones no transcritas, así como la transcripción de conversaciones adicionales.

⁶⁰ MONTÓN REDONDO, *ob. cit.* pág. 1049 y 1050. Vid. ESTRELLA RUÍZ, M.: «Entrada y Registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc». En Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Edit. CGPJ. 12/1996 en el mismo sentido.

⁶¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L., en VV.AA.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, concordancias y comentarios*. 9.ª Ed. Colex, Madrid, 1997. pág. 406.

La jurisprudencia y la práctica forense admiten que las escuchas se amplíen o prorroguen por encima del plazo del mes que determina el artículo 302 de la Ley. La medida, afirman las SSTS 9 de mayo de 1994 y 12 de enero de 1995, no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga porque ello la convertiría inexorablemente en desproporcionada e ilegal, fuese cual fuese la naturaleza y gravedad del delito investigado⁶².

5. LA PRUEBA NULA

El artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985 dispone que *«En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.»* de esto se desprende que, tanto la interceptación practicada como mera vía de hecho, como aquella que aun judicialmente acordada, sea más tarde declarada nula carecerá de todo efecto, sin que pueda reconocerse valor probatorio alguno a los datos que a su través hayan podido obtenerse.

Esta regla legislativa posee en nuestro Derecho origen jurisprudencial, siendo la ya mencionada STC 114/1984 la primera resolución judicial que la enunció explícitamente, haciéndola derivar *«de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE)»*⁶³.

El TEDH decidió en el *asunto Schenk* que, aunque el artículo 6 CEDH garantiza el derecho a un proceso justo, *«no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno»* y se deja al arbitrio de las autoridades nacionales la admisión de pruebas directamente obtenidas de forma ilícita⁶⁴.

⁶² En Francia la duración de la medida es de 4 meses y en Italia es de 15 días y también establecen un sistema ilimitado de prórrogas. En Alemania la duración de la medida es de tres meses prorrogable sólo una vez más por igual periodo.

⁶³ QUERALT, J.J., ob. cit. *«No se produce el supuesto al que se refiere el citado artículo 11.1 cuando, en el curso de una interceptación regular de las comunicaciones de determinada persona, se adquiere el conocimiento de datos que puedan resultar inculpatarios para otra que con ella se relacione. En tal caso, el material probatorio así aprehendido podría ser hecho valer procesalmente, y ello pese a que se trata de una hipótesis en la que el afectado no fue aquel frente a quien la intervención se acordó por la autoridad judicial. Con todo, si la ley procesal estableciera una relación tasada de delitos para cuya persecución pueda emplearse la interceptación de las comunicaciones, la prueba de este modo lograda contra tercero no debiera ser admisible sino en el caso de que el comportamiento presuntamente ilícito que evidencie se corresponda con la conducta típica de alguno de los delitos así designados por la ley.»*

⁶⁴ La doctrina Schenk ha sido confirmada en las Sentencias Kostovski (de 20 de noviembre de 1989) Miaillhe (de 26 de septiembre de 1996), Mantovanelli (de 18 de marzo de 1997), García Ruiz (de 21 de enero de 1999,) y Pelissier (de 25 de marzo de 1999).

El T.C. ha señalado que admitir la procedencia de tal tipo de prueba pondría en cuestión, además del derecho fundamental directamente afectado⁶⁵, el derecho a la presunción de inocencia^{66,67}, la interdicción de la indefensión⁶⁸ o las garantías propias del proceso⁶⁹, generando una inaceptable quiebra en el principio de igualdad entre las partes en el juicio⁷⁰ y cuestionando, en definitiva, el derecho a un proceso justo⁷¹.

De ahí que la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales deba considerarse no pertinente y no pueda ser entonces valorada por el órgano judicial.⁷², sin embargo, es posible que la presunción de inocencia del procesado pueda ser legítimamente desvirtuada si se cuenta con otras pruebas de cargo, distintas de la ilícita⁷³.

En relación con la *prueba refleja*, que puede definirse como aquélla prueba que, aunque perfectamente lícita, trae causa directa de otra que vulneró derechos fundamentales, la jurisprudencia del T.C. ha experimentado cierta evolución. En las primeras resoluciones en esta materia, por ejemplo en la Sentencia 49/1996, se afirma que la ineficacia de la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental (en concreto, el secreto de las comunicaciones) «arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas», siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios.

⁶⁵ Con esta jurisprudencia el T.C. se ha desentendido de otro problema, que es el referido a la existencia de pruebas obtenidas con vulneración de normas infraconstitucionales (como muestra, por ejemplo, el ATC 775/1987/2, de 24 de junio). En tales supuestos ha mantenido que abordar su análisis superaría los márgenes del amparo constitucional (que no es otro, como es sabido, que prestar una protección reforzada a determinados derechos fundamentales) y que la admisión de las pruebas que han sido logradas generando irregularidades procesales es una tarea que compete, exclusivamente, a la jurisdicción ordinaria (vid. SSTC 52/1989/2, de 22 de febrero y 64/1994/2, de 28 de febrero).

⁶⁶ JIMÉNEZ CAMPO, ob. cit. «En efecto, si el derecho de defensa impone que toda la actividad probatoria se ajuste a Derecho, parece claro que cualquier desviación en este punto puede ser, en su caso, revisada por el Tribunal Constitucional. Si se mantiene, por el contrario, que los derechos de defensa no ofrecen tal garantía, solamente actuará el Tribunal Constitucional cuando se haya comprometido un derecho fundamental sustantivo (necesariamente de los contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE), porque solamente a este fin sirve el recurso de amparo.»

⁶⁷ SSTC 64/1986 de 21 de mayo, 86/1995, y 127/1996 de 9 de julio. Las exigencias constitucionales que impone la presunción de inocencia han sido detalladamente descritas en la STC 34/1996, de 11 de marzo.

⁶⁸ STC 64/1986, de 21 de mayo.

⁶⁹ SSTC 107/1985, de 7 de octubre o 81/1998, de 2 de abril entre otras muchas.

⁷⁰ SSTC 49/1996, de 26 de marzo y 54/1996, de la misma fecha

⁷¹ STC 81/1998, de 2 de abril.

⁷² Sobre los medios de prueba pertinentes. SSTC 49/1996, de 26 de marzo y 54/1996, de la misma fecha

⁷³ Vid. SSTC 85/1994, de 14 de marzo y 151/1998, de 13 de julio.

Sin embargo la doctrina más reciente en esta materia, y que se expresa con todo detalle en la STC 151/1998, sigue señalando, como regla general, que «*todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se halla incluso en la prohibición de valoración ex artículo 24.2 CE*». Sin embargo, el Tribunal admite que, en *supuestos excepcionales*, y, pese a que las pruebas de cargo se hallan naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, son jurídicamente independientes de él y, en consecuencia, pueden ser reconocidas como válidas y aptas, por tanto, para enervar la presunción de inocencia.

Por su parte, el TS *distingue entre el ámbito constitucional y el de legalidad ordinaria*. El primero se verá afectado si la intervención telefónica se práctica con vulneración del art. 18.3 CE (porque no hay mandamiento judicial, hay un exceso de cualquier tipo respecto de la autorización concedida, se tergiversan los términos de la autorización o porque sigue la intervención fuera del plazo judicialmente concedido). El segundo, es infringido cuando se vulnera *únicamente la ley procedimental* (por incumplimiento de las normas procesales reguladoras de la forma con que la diligencia ha de llevarse a efecto, porque la transcripción de la grabación no fue realizada bajo fe judicial, no se haya acreditado la identificación y autoría de la voz grabada, etc.).

Cuando la ilicitud trae su causa en que es contraria a la CE, tal ilicitud por un lado, se comunica a los futuros actos que del inicial traen causa, y por otro, no puede ser convalidada por diligencias posteriores. En cambio, cuando el acto es irregular, al desenvolverse dentro de la legalidad ordinaria, sólo se origina la ineficacia del acto en sí y de lo que del mismo causalmente se derive, pero no impide la posibilidad de acreditar los mismos hechos por otros medios, incluso se podría sanar aquel efecto negativo con la práctica de otras pruebas en la instrucción o en el plenario (STS 27 de octubre de 1998).

Advierte MARTÍN PALLÍN⁷⁴, que esta postura, que se aferra a los descubrimientos inevitables como origen de pruebas autónomas y desligadas del efecto contaminador de la prueba inconstitucional (escucha telefónica) debe adoptarse con extraordinaria cautela, pues pudiera propiciar inconscientemente la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, mediante el procedimiento de seleccionar policialmente el contenido de las escuchas, eliminando aquello que pudiera revelar la conexidad

⁷⁴ MARTÍN PALLÍN, J.A.: «Escuchas Telefónicas», en AA.VV. Homenaje a Enrique Ruiz Vellido. Colex, Madrid, 1999, pág. 397.

de las pruebas y presentándolo ante el Juez Instructor y el órgano juzgador, como el fruto de una investigación que para nada se ha apoyado en la trascendental medida de la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

MATÍA PORTILLA⁷⁵ sostiene que no puede excluirse la aplicación en nuestro país de la jurisprudencia norteamericana relacionada con los límites de la teoría la prueba ilícita y refleja no puede aceptarse fácilmente la concurrencia de tales circunstancias en el caso en especie. En primer lugar, porque la vulneración del derecho fundamental se ha producido en todas las fases de su aplicación y no puede por ello mismo presentarse como un error puntual. Por otra parte, es cierto que la intencionalidad de los poderes públicos puede quizás tener relevancia a efectos de determinar la existencia de una eventual responsabilidad penal en que hayan podido incurrir pero no sirve para cuestionar la concurrencia de la lesión constitucional.

6. EL DERECHO EXTRAPENAL

LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES EN LA LEY ORGÁNICA 2/2002, DE 6 DE MAYO, REGULADORA DEL CONTROL JUDICIAL PREVIO DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

La Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, y la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladoras respectivamente, del Control Judicial Previo y del Centro Nacional de Inteligencia (CNI), regulan un control judicial que se encuentra restringido a los derechos comprendidos en el artículo 18 apartados 2 y 3 CE (la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones).

La precitada Ley Orgánica 2/2002 establece: «*Artículo Único. Control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia*»

1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente⁷⁶, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción

⁷⁵ MATIA PORTILLA, F.J. «Legislador, Derechos Fundamentales y proceso» (Comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril), Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, nº 58, enero-abril 2000).

⁷⁶ Art. 127 LOPJ. «*Será competencia del Pleno del Consejo General del Poder Judicial: «4.- La propuesta de nombramiento del Magistrado de la Sala Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, competente para conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución, así como la propuesta de nombramiento del Magistrado de dichas Salas del Tribunal Supremo que lo sustituya en caso de vacancia, ausencia o imposibilidad*»

de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro.

La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos:

a) Especificación de las medidas que se solicitan.

b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.

c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.

d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo.

El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto.

4. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia ordenará la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante la autorización prevista en este artículo, no guarden relación con el objeto o fines de la misma».

Según el TS (STS de 27 de septiembre de 2006) se da preferencia al derecho al secreto de las comunicaciones y la intimidad personal, frente a las actuaciones de los Servicios de Inteligencia, salvo que exista una resolución judicial autorizante de tan excepcional medida.

Siguiendo a PEREZ VILLALOBOS⁷⁷, entre los puntos más discutibles de esta regulación podemos destacar los siguientes:

En primer lugar este precepto parece más preocupado por dotar una apariencia judicial a las intervenciones del CNI que en consolidar el contenido de lo que debe ser una auténtica garantía judicial.

⁷⁷ PEREZ VILLALOBOS, M. «Derechos Fundamentales y Servicios de Inteligencia» Grupo Editorial Universitario, Madrid 2003.

En segundo lugar, debería haberse previsto la creación de un órgano formado al menos por tres Magistrados⁷⁸.

En tercer lugar la ley establece la competencia del magistrado por un periodo de cinco años. El artículo 135 de la LOPJ dice que «*Corresponderá a la comisión de calificación, en todo caso, sobre los nombramientos de de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127,4) de esta Ley*». Esta excepción no favorece la transparencia en el nombramiento del Magistrado ya que parece que el CNI tuviera «*su«Magistrado a la carta*»⁷⁹.

La solicitud de autorización debe contener los elementos fundamentales que afecten a la medida, pero el juez necesitaría tener un conocimiento más concreto, de otra forma podría darse caso que el Magistrado no pudiera ponderar suficientemente la proporcionalidad.

Por otra parte, en lo relativo a la duración de la medida, no se establece ni cuantas prórrogas pueden concederse, ni por cuanto tiempo cada una.

⁷⁸ En los debates parlamentarios se hizo una crítica en este sentido, y se llegó a pedir la competencia de la Sala Segunda en pleno (Vid BOCG, de 20 de diciembre de 2001, núm. 132).

⁷⁹ Como dice PASCUAL SARRÍA FL. «El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del centro nacional de inteligencia»: «*Nos hallamos ante un control judicial, sin órgano judicial, ni potestad jurisdiccional. Y efectivamente, según tiene señalado artículo 117.3 de la CE, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan», y en igual sentido el artículo 2 de la LOPJ. Se trata, por lo tanto, de un nuevo «órgano jurisdiccional» unipersonal cuya actividad no se corresponde con la del resto de los magistrados del TS, no ejercitando sus funciones en uno de los órdenes jurisdiccionales del Estado, ni ejerciendo potestad jurisdiccional. Y ello porque resulta innegable que no puede ejercerse jurisdicción ni funciones jurisdiccionales, sin la existencia de un órgano jurisdiccional (Juzgado o Tribunal); pero sí que puede realizar «otras funciones» legalmente establecidas, que sin ser potestad jurisdiccional, forman parte del control realizado por el poder judicial en defensa de los derechos individuales. En el presente supuesto, el magistrado del TS, en nombrado con todas las garantías por el Pleno del CGPJ, y ejercita unas competencias que por ley y doctrina jurisprudencial, tan solo les corresponden a los jueces, el control judicial y autorización de las intervenciones telefónicas, si bien dentro de un ámbito tan especial como los Servicios de Inteligencia, y más concretamente del CNI.*

No nos encontramos tampoco ante un órgano político, toda vez que su nombramiento compete al CGPJ, y no al ejecutivo, con lo que forma parte del poder judicial, pero tampoco estamos ante un órgano jurisdiccional, sino ante un órgano unipersonal de naturaleza judicial limitada, que para mayor singularidad no goza de uno de los requisitos imprescindibles del ejercicio de la jurisdicción, la inamovilidad, la LOPJ (artículo 342 bis), limita su nombramiento a un período de cinco años, con lo que carece de una de las notas caracterizadoras de la independencia de jueces y magistrados; si bien cuando cese en sus funciones retomará sus competencias en la Sala de procedencia, aunque nada se establece en la norma acerca de la posibilidad de volver a ser nombrado.»

Finalmente, la ley atribuye al Director del CNI la destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que, obtenidas mediante esta autorización, no guarden relación con el objeto o fines de la misma. Esta actividad no está supervisada por el Magistrado al que ni siquiera se le dan los instrumentos para comprobar que la autorización ha sido debidamente utilizada.

LAS TELECOMUNICACIONES

En el terreno de las telecomunicaciones el secreto de las comunicaciones es una cuestión del máximo relieve, que ha venido a ratificar la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, como ya hiciera su antecesora la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones.

Los arts. 3 c), 33 y 35 de la citada Ley 32/2003, *garantizan dicho secreto en los términos de los arts. 18.3, 55. 2 CE y 579 LECrim*, imponiendo, a los operadores el deber de proteger tal derecho técnicamente y a la Autoridad de Regulación su supervisión.

La ley establece que *los operadores están obligados a realizar las interceptaciones que se autoricen de acuerdo con lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, y en otras normas con rango de Ley Orgánica.*

El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios dedica el Título V, Capítulo II a «La interceptación legal de las comunicaciones.»(Artículo 83 y siguientes), y establece que las únicas interceptaciones que estarán obligados a realizar los sujetos a los que se refiere el artículo 85 son las dispuestas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, y en otras normas con rango de ley orgánica⁸⁰.

LA LEY 25/2007, DE 18 DE OCTUBRE, DE CONSERVACIÓN DE DATOS RELATIVOS A LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS Y A LAS REDES PÚBLICAS DE COMUNICACIONES

La aplicación de las nuevas tecnologías desarrolladas en el marco de la sociedad de la información ha supuesto la superación de las

⁸⁰ Este Capítulo II ha sido declarado conforme a Derecho por STS de 5 Febrero de. 2008.

formas tradicionales de comunicación, mediante una expansión de los contenidos transmitidos, que abarcan no sólo la voz, sino también datos en soportes y formatos diversos, En este sentido la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones establece que *se han de conservar los datos enumerados en el artículo 3⁸¹, que se hayan generado o tratado en el marco de una comunicación de telefonía fija o móvil, o realizada a través de una comunicación electrónica de acceso público o mediante una red pública de comunicaciones, con la finalidad de que, agentes facultados, puedan obtener los datos relativos a las comunicaciones que, relacionadas con una investigación, se hayan podido efectuar por medio de la telefonía fija o móvil, así como por Internet*^{82,83}.

En cuanto a los *agentes facultados* son los miembros de los Cuerpos Policiales en el marco de una investigación criminal; el personal del CNI para llevar a cabo una investigación de seguridad amparada en la Ley 11/2002 y en la L.O. 2/2002, y los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial.

⁸¹ El listado de datos se refieren a comunicaciones por telefonía fija, móvil o Internet. Estos datos, que, en ningún caso revelarán el contenido de la comunicación, son los necesarios para identificar el origen y destino de la comunicación, su hora, fecha y duración, el tipo de servicio utilizado y el equipo de comunicación de los usuarios utilizado. En aplicación de las previsiones contenidas en la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, quedan incluidas también en el ámbito de aplicación de la Ley las denominadas llamadas telefónicas infructuosas. Igualmente se incluye la obligación de conservar los elementos que sean suficientes para identificar el momento de activación de los teléfonos que funcionen bajo la modalidad de prepago.

⁸² La Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, *sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio* establece la obligación de los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos, con el fin de posibilitar que dispongan de ellos los agentes facultados.

⁸³ Decisión marco 2008/977/ del Consejo de 27 de noviembre de 2008 *relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal*, se aplica únicamente a los datos recogidos o tratados por las autoridades competentes para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales y la ejecución de sanciones penales. El objetivo es garantizar un alto nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y en particular su derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, contemplada en el título VI del Tratado de la Unión Europea, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de seguridad pública.

Los *finés* que justifican la obligación de conservación, son la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el C.Penal o las leyes penales especiales^{84,85}.

La Ley establece dos *garantías*: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa.

6. LA PRÁCTICA DE INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL MARCO DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

EL CONVENIO DE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

El creciente fenómeno de la delincuencia organizada de carácter transnacional, la progresiva eliminación de fronteras en Europa y que las personas se trasladen frecuentemente de un país a otro supone que ya no es excepcional que, en el marco de un proceso penal, sea preciso reclamar

⁸⁴ En relación con esta última precisión, cabe señalar que la citada Directiva se refiere, expresamente, a que los datos conservados deberán estar disponibles a los fines de detección o investigación por *delitos graves*, definidos éstos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro. En este sentido y teniendo en cuenta que en nuestro C.Penal no contempla una categoría especial de delitos calificados como graves, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2007, emitido en relación con la Ley 25/2007, dice *que la gravedad del delito puede ser examinada en cada supuesto concreto*.

⁸⁵ En la doctrina López Barja de Quiroga distinguía entre observación e intervención, entendiéndose por esta última una injerencia más intensa en el derecho del secreto e las comunicaciones que incluía el contenido de lo comunicado, razón por la que no podía decretarse para la investigación de delitos no graves. En cambio la observación supone una injerencia de menor intensidad porque consistía en lo que la doctrina denominaba recuento o *comptage*, es decir, el registro de los números marcados, la identidad de los interlocutores, hora y duración de la llamada, y recaía sobre delitos menos graves, y sobre personas distintas del procesado. Esta posición no era compartida por el resto de la doctrina, dado que en la legislación antiterrorista se empleaba el término observación y no era lógico que la observación de esa llamada se limitase al recuento. El devenir de la jurisprudencia en esta cuestión ha sido confuso, porque si bien algunas resoluciones como la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 1991 admiten la distinción entre intervención y observación en el sentido de diferenciar que no toda injerencia en el secreto de las comunicaciones significa siempre tener conocimiento de la conversación y grabarla, otras, como la STS de 25 de junio de 1993, utilizan planteamientos puramente gramaticales señalando que ambas expresiones son equivalentes y que, el legislador tuvo la necesidad de eludir «*antitéticas repeticiones, al estar encaminada a conocer el contexto íntegro de conversaciones mantenidas por las personas investigadas*».

el auxilio de las autoridades judiciales extranjeras. La toma de conciencia de esta nueva realidad ha tenido como consecuencia que hayan evolucionado considerablemente las iniciativas normativas encaminadas a mejorar y simplificar los actuales mecanismos de cooperación judicial en materia penal, sobre todo en el marco de la Unión Europea.(UE)

En materia de cooperación judicial internacional, el texto normativo básico sigue siendo el *Convenio nº 30 del Consejo de Europa o Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal*, firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, completado con el Protocolo Adicional al Convenio de 17 de marzo de 1978^{86,87}.

El citado Convenio establecía que las comisiones rogatorias se ejecutarían conforme a la legislación del Estado requerido(aet.3,1). Esto presentaba el inconveniente, que cuando desde España se solicitaba la práctica de una diligencia de prueba a otro país, dicha diligencia podía no ser utilizable en España por no reunir los necesarios requisitos de validez, o por no haberse observado todas las garantías exigibles. Sin embargo eso podía solventarse si se hacían algunas indicaciones al Estado requerido sobre como practicar la correspondiente diligencia, o, en otros casos, para asegurar la validez de la prueba, se podía hacer uso de la facultad prevista en el Convenio (art. 4) de estar presentes las autoridades judiciales del Estado requirente y las partes procesales, durante la realización de la prueba en el extranjero.

Dado el progresivo incremento de las solicitudes entre los Estados de la UE en materia de cooperación judicial, y siguiendo el mandato formulado en el punto 46 de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (octubre de 1999)⁸⁸, se creó por la Decisión del Consejo de 14 de diciembre de 2000, una unidad provisional de cooperación judicial, la unidad *Eurojust*.

El 29 de mayo de 2000 fue firmado el *Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*⁸⁹ (Con-

⁸⁶ España ratificó este tratado el 18 de agosto de 1982, formulando una declaración según la cual *a los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales (...) los miembros del Ministerio Fiscal*. A este respecto véase la Instrucción 3/2001, de 28 de junio, de la Fiscalía General del Estado, *sobre los actuales mecanismos y modalidades de asistencia judicial internacional en materia penal*.

⁸⁷ Las normas que, sobre cooperación judicial, contiene el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, o el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea expresamente se remiten a este Convenio cuyas disposiciones tratan de completar y de facilitar su aplicación.

⁸⁸ Se pretendía revisar y adaptar los planes de acción existentes, de manera que surge entonces el llamado «Programa de La Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea»

⁸⁹ Hoy día el Convenio se aplica en todos los Estados Miembros. Para más información consúltese <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l33108.htm>.

venio de 2000)^{90,91,92}. Hay que destacar que invierte la norma general de práctica de las comisiones rogatorias, que deberán cumplimentarse conforme a las normas del *Estado requirente* para dotar así a la prueba practicada en el extranjero de plena eficacia en el proceso que se sigue ante las propias autoridades nacionales (art. 4.1).

Asimismo, prevé una extensa y detallada regulación de las solicitudes internacionales de intervención de telecomunicaciones y a esta cuestión está dedicado el Título III⁹³. El Convenio distingue dos tipos de intervenciones. En primer lugar, la intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones, que debe ser la regla general, de ahí que las disposiciones del convenio faciliten esta modalidad estableciendo un régimen menos exigente. En segundo lugar la intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación que debe ser la excepción.

DECISIÓN- MARCO 2008/978 DEL CONSEJO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2008
RELATIVA AL EXHORTO EUROPEO DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS PARA RECABAR
OBJETOS, DOCUMENTOS Y DATOS DESTINADOS A PROCEDIMIENTOS EN MATERIA
PENAL

El exhorto que se regula en la decisión -marco es una resolución judicial emitida por una autoridad competente de un Estado miembro con objeto de recabar objetos, documentos y datos de otro Estado miembro. Se excluye en el art.4,2 de forma expresa, entre otras, la obtención de in-

⁹⁰ Para la mejor comprensión de este Convenio vid. el Informe explicativo aprobado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (publicado en el Diario Oficial C-379, de 29 de diciembre de 2000).

⁹¹ DO C 197,12 de julio de 2000.Su ratificación por el Reino de España fue publicada en el BOE num 247, de 15 de octubre de 2003.

⁹² Convenio de Prüm, relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza establece diversas medidas para mejorar la cooperación policial y judicial entre los Estados signatarios.Sin embargo, no es un Tratado comunitario, ni se ha integrado todavía en los mismos

⁹³ «Artículo 17. Las autoridades competentes para ordenar la intervención de telecomunicaciones son la autoridad judicial o, cuando las autoridades judiciales no posean competencias en el ámbito que abarcan dichos artículos, una autoridad competente equivalente y que actúe a efectos de una investigación penal». El artículo 18. regula las solicitudes de intervención de telecomunicaciones.;el artículo 19. la intervención de telecomunicaciones en el territorio nacional por medio de proveedores de servicios. el artículo 20. la intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado miembro; y el artículo 21. Responsabilidad por los gastos de los operadores de telecomunicaciones. y el artículo 22. recoge la posibilidad de acuerdos entre los Estados miembros, destinados a facilitar la explotación de las posibilidades técnicas actuales y futuras en lo que respecta a la intervención legal de telecomunicaciones.

formación en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, y la obtención de datos de comunicaciones retenidos por proveedores de un servicio de comunicaciones electrónicas accesible al público o de una red de comunicaciones pública.

No obstante, el exhorto podrá emitirse para obtener los indicados objetos, documentos o datos, cuando los mismos ya obren en poder de la autoridad de ejecución antes de la emisión del exhorto.

7. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista del derecho interno, es sorprendente que se consiga promulgar una ley orgánica para regular las intervenciones telefónicas, y luego, quien está habilitado para ello, juzgue insuficiente dicha regulación. Asimismo, no deja de llamar la atención, teniendo en cuenta las consecuencias que han tenido el caso Valenzuela Contreras o el de Prado Bugallo, el que actuaciones individuales de demanda de garantías frente a la violación de algún derecho fundamental, lleven de la mano también la necesidad de ajustar las leyes, por el sencillo hecho de haber apreciado incorrecciones que los instrumentos del derecho interno no habían previsto.

Sin embargo, pese a la condena a España por parte del TEDH en dos ocasiones y por el mismo hecho, como es que nuestra legislación no es totalmente respetuosa con el artículo 8 CEDH, y a la constatación por nuestro T.C de que el artículo 579 no respeta las exigencias derivadas del principio de legalidad, no se ha modificado la regulación actual. Aunque, como ya hemos visto que el TEDH no exige que sea una ley la que regule la injerencia en el secreto de las comunicaciones, ni ha excluido a la jurisprudencia como fuente habilitadora de las escuchas telefónicas a fin de cumplir las exigencias de la calidad de la ley, ello no significa que –como ya he apuntado– no sea imprescindible una regulación legal y detallada de la intervención de las comunicaciones telefónicas, que garantice los derechos constitucionales, especialmente los de intimidad y defensa, y que además determine unas pautas legales a las que deba ajustarse esta diligencia. El TEDH no ha señalado que en ningún momento que el cuerpo jurisprudencial diseñado por Auto del Tribunal Supremo de 1992 colme las lagunas del art. 579 LECrim., además hay que tener en cuenta que las escuchas del caso Prado Bugallo son anteriores a dicho auto, y que el TEDH deja abierta esa posibilidad, aunque sin decantarse por una respuesta afirmativa.

Además, las mencionadas deficiencias (que llevan años destacándose por las jurisdicciones españolas) deben ser remediadas por el legislador

en el plazo más breve posible, tal y como ha señalado el T.C. en sentencia 183/2004, de 2 de octubre, al manifestar que «*Es al legislador a quien corresponde (...) remediar la situación completando el precepto legal*».

Si esta inactividad del poder legislativo se prolonga en el tiempo, es muy posible la proliferación de resoluciones por parte del TEDH que constaten el déficit garantístico de la actual regulación de las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento, considerándolo contrario al art. 8 CEDH.

A la vista de lo anteriormente expuesto considero que la interceptación telefónica, o por otros medios de comunicación, requiere de previsiones específicas más completas que las actuales, dada que su injerencia en la intimidad de las personas es de gran intensidad. En primer lugar, con arreglo a las consideraciones expuestas a lo largo del presente trabajo, estimo que no sólo resulta conveniente, sino absolutamente necesario, que una disposición de ley determine cual debe de ser el contenido mínimo de la resolución judicial que autorice la intervención de las comunicaciones telefónicas. Se trata de que la interceptación haya de estar jurídicamente reglada, de otra forma la interceptación telefónica se hace, a mi modo de ver, imprevisible y oscura para quienes puedan sufrirla sin saber por qué, cómo o hasta cuándo.

Además, y tal como destacan la doctrina y la jurisprudencia, hay un «derecho al procedimiento», en el que se hayan implicados varios derechos fundamentales, motivo por el que resulta urgente colmar, a través de la ley, un vacío de regulación tan relacionado con algunos de los principios –seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad– enunciados en el artículo 9.3 C.E

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la globalización de la delincuencia es uno de los fenómenos del mundo de hoy, ya que la ausencia de barreras comerciales e incluso físicas a causa de las nuevas tecnologías, ha dado lugar a una actividad que mueve grandes cifras de negocio, y que se centra en el tráfico de drogas, de armas, prostitución, pornografía infantil o blanqueo de capitales. Como consecuencia de ello, resulta imprescindible la regulación de este medio de prueba que estamos tratando, ya que en muchas ocasiones es el único que puede permitir la incriminación de esos delincuentes, y en un procedimiento de tales características no se debería asumir el riesgo de que sea declarado nula una prueba, que puede ser la única o la más determinante, sólo porque una intervención telefónica no se ha realizado con las debidas garantías.

Por todo lo anterior, considero que es el poder legislativo y no el judicial el que debe colmar las lagunas del art. 579 de la LECrim., y ello porque la

jurisprudencia debe complementar el ordenamiento jurídico, pero no crear derecho y menos en ámbitos –como el que estamos tratando– que inciden de una forma tan intensa en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, quiero resaltar la trascendencia y, desde mi punto de vista, el acierto que reviste la ratificación por España del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea. Creo que constituye un arma muy poderosa, avanzada y sofisticada en la lucha contra la delincuencia, especialmente la organizada.. En la Unión Europea, los riesgos a que se enfrentan los derechos fundamentales cuando se instauran medidas para luchar contra la criminalidad transfronteriza, el terrorismo, las migraciones ilegales, la lucha contra la trata de seres humanos u otras amenazas a la seguridad, originan la necesidad de que se tengan que establecer controles democráticos y jurisdiccionales adecuados para que las necesidades de la seguridad no eliminen las garantías de la libertad. Los poderes públicos, en toda Europa, han de ser conscientes de que las medidas que se adopten, que indiscutiblemente deben ser eficaces, no pueden originar problemas de legitimidad democrática ni pueden derivar en violaciones de derechos fundamentales.

8. BIBLIOGRAFÍA

- JIMENEZ CAMPO «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones» Revista Española de Derecho Constitucional, año 7 num. 20. Mayo-Agosto 1987.
- PÉREZ FRANCESCH, J.L.»Cooperación policial y judicial en la Convención de Prüm «REDCE, nº 7, enero-junio de 2007.
- ALVAREZ CONDE, E. «El régimen político español». Editorial Tecnos S.A. 1986.
- FERNÁNDEZ SEGADO, J. «El sistema constitucional español», Editorial Dykinson, 1992.
- MARTÍN PALLÍN, J.A.: «Escuchas Telefónicas», en AA.VV. Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo. Colex, Madrid, 1999.
- ESTRELLA RUÍZ, M.: «Entrada y Registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc». En Cuadernos de Derecho Judicial: Medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Edit. CGPJ. 12/1996,
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., en VV.AA.: Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado, concordancias y comentarios. 9.ª Ed. Colex, Madrid, 1997.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».
- MORENO CATENA, V: «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal». En Revista del Poder Judicial: Justicia Penal. Núm. Especial II, marzo 1987.
- DÍAZ CABIALE, J. A.: VVAA.. «El Juicio Oral en el Proceso Penal,» Comares, Granada, 1995.
- PEREZ VILLALOBOS, M. «Derechos Fundamentales y Servicios de Inteligencia» Grupo Editorial Universitario, Madrid 2003.
- RUIZ MIGUEL, C. «Servicios de inteligencia y seguridad del Estado Constitucional». Editorial Tecnos 2002.
- FREIXES SANJUÁN, T. «Protección de datos y globalización. la Convención de Prüm». ReDCE, nº 7, Enero-Junio de 2007
- PAZ RUBIO, J.M. «La doctrina de la Sala Segunda sobre las intervenciones telefónicas». Revista General de Derecho Penal n.º 1 (Mayo 2004)
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales». En «La instrucción penal y el Secretario Judicial. Incidencia de la reforma». Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia.
- DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E en «El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal», en Revista del Poder Judicial, n.º 3, septiembre de 1986.
- MARTÍNEZ GARAY, L. «El nuevo delito de pertenencia a «organizaciones y grupos criminales» (art. 385 bis) en el proyecto de reforma del Código Penal». Publicado en la Revista General de Derecho Penal n.º 7 (Mayo 2007).
- WEYENBERGH, A Y DE BIOLLEY, S. «El Convenio de Asistencia Judicial del 2000 y la intervención de las telecomunicaciones», en «La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal», Thomson-Aranzadi, 2006.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M «La intervención de las comunicaciones telefónicas en España» en «La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal», Thomson-Aranzadi, 2006.
- LEON VILLALBA, F.J. Y RODRIGUEZ YAGUE, C. «Instrucción 4/2005: actualización de la Instrucción 24/96, de 16 de diciembre sobre comunicaciones y visitas» Revista General de Derecho Penal n.º 4 (noviembre 2005).
- ELVIRA PERALES, A. «El derecho al secreto de las comunicaciones» (consultado en IUSTEL el 19-02-2008 a las 11,18)

- FERNÁNDEZ DELPECH, H. «Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico» (consultado en Internet el 3-04-2008, a las 22,32).
- VEGAS TORRES, F. «Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal» La Ley, Madrid, 1993.
- ASENCIO MELLADO, A. «Prueba prohibida y prueba preconstituida», Madrid 1989.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, A. «Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal», Revista del Ministerio Fiscal, 1995, nº 1.
- GONZÁLEZ GÜITAN, M. «Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos», comentarios a la Legislación Penal, EDERSA, 1986.
- LÓPEZ GARCÍA, E. «Comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2003, Caso Prado Bugallo c. España», Actualidad Jurídica Aranzadi, año XIII, nº 594.»
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida» «Akal/Iure, 1989.
- MATIA PORTILLA, F.J. «Legislador, Derechos Fundamentales y proceso» (Comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril), Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, nº 58, enero-abril 2000).
- QUERALT, J. J. «Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la instrucción penal. Especial referencia a las acaecidas entre letrado y cliente». Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García COLEX, Madrid, 2006.
- GÓMEZ MONTORO, A. «La titularidad de los derechos fundamentales».
- CACHO SANCHEZ, Y. «La lucha antiterrorista y sus límites en el marco de CEDH: nuevo pronunciamiento del TEDH sobre el aislamiento carcelario. Comentario a la STEDH, Ramírez Sánchez (alias Carlos) c. Francia, de 27 de enero de 2005.» Revista General de Derecho Europeo, nº 7, mayo 2005).
- FERNÁNDEZ DELPECH, H. «Nueva Directiva de la Unión Europea sobre Conservación de Datos de Tráfico» (consultado en Internet el 3-04-2008, a las 22,32).
- PASCUAL SARRÍA F.L.»El control judicial a la interceptación de las comunicaciones: especial referencia al control judicial previo a las intervenciones del centro nacional de inteligencia».
- CABEZUDO RODRIGUEZ, N. «Actos de investigación (v): la intervención de las comunicaciones personales»(consultado en IUSTEL el 17-02-2008 a las 09,20).

- GARCÍA LUENGO, J «Crónica de jurisprudencia alemana reciente» Publicado en la Revista General de Derecho Administrativo n.º6 (Septiembre 2004).
- JAÉN VALLEJO, M.»Jurisprudencia española seleccionada. Tribunal Supremo: Sala de lo Penal «. *RGDPR*, n.º 12, mayo 2007.
- MARTÍN -RETORTILLO BAQUER, L.«La recepción por Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» Revista de Administración Pública, nº 37, mayo-agosto 1995.
- JIMENA QUESADA, L.» El impacto del Derecho Europeo en la legislación española. Breve balance de veinte años de integración europea». Cuadernos de Integración Europea 4 - Marzo 2006. <http://www.cuadernosie.info>
- DEL CERRO ESTEBAN, J.A, «El sistema de garantías constitucionales en los procesos judiciales sobre criminalidad organizada».
- GIMENO SENDRA, V. «La reforma de la LECrim. y la seguridad pública» Conferencia intitulada «Seguridad pública y política criminal: aspectos procesales», impartida en la UNED el 20.5.2003 a los mandos de la Guardia Civil en el seminario «Duque de Ahumada».
- ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. «Relaciones del interno con el mundo exterior: salidas, comunicaciones, visitas, paquetes y otros» (consultado en IUSTEL el 23-02-2008 a las 21,25).
- VÍRGALA FORURIA, E,»La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español»Revista Española de Derecho Constitucional Año 14. Núm. 40. Enero-Abril 1994
- DÍAZ REVOIRO, J. «Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español». www.unam.es
- BARCELONA LLOP, J. «Escuchas telefónicas y acción de policís y seguridad» Revista de Derecho Administrativo, nª 112, enero-abril 1987.
- CUADERNOS DE DERECHO PENITENCIARIO Número 1 y 9
- INTERVENCIONES TELEFÓNICAS. Revista Sepín. Nº 35 junio 2007.
- RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: «Derecho Penal. Parte Especial», Madrid, 1995,
- GIMENO SENDRA, V.: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo». La Ley. Madrid, 1996-2.