

Francisco Javier GONZÁLEZ BLESA

LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO
PENAL: REVISIÓN DE UN DEBATE

Tesis Doctoral
dirigida por
DR. Carlos PÉREZ DEL VALLE

UNIVERSIDAD ABAD OLIBA CEU
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

2017

La Ley ha de ser más inteligente que el legislador

GUSTAV RADBRUCH

AGRADECIMIENTOS

Quiero mostrar mi más sincero agradecimiento para el director de esta tesis doctoral, Dr. Carlos Pérez del Valle, por su permanente ilustración, criterio jurídico y análisis crítico respecto de mis ideas y reflexiones para desarrollar este trabajo.

Cuando el agradecimiento se convierte en dedicatoria, siempre tenemos presente a la familia. Así debe ser y este caso no es una excepción.

Y cuando la dedicatoria es todavía más personal adquiere nombre propio: a mis hijos Francisco Javier, Antoni y Daniela, lo mejor que me ha pasado en la vida.

RESUMEN

La investigación de algunos delitos en el proceso penal requiere invadir la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones de los individuos. La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, ha introducido cambios jurídicos, sustantivos y procesales en muchos aspectos relativos al modo de materializar la medida de injerencia en dicho derecho fundamental, ya que la intervención telefónica afecta directamente a la esfera de privacidad del sujeto.

En la presente tesis analizaremos el contexto problemático; es decir, si la nueva normativa ha colmado tanto las exigencias jurisprudenciales de nuestros tribunales en la materia, así como las aportaciones de la doctrina más especializada, por el vacío legislativo anterior existente respecto a determinados aspectos de la cuestión, y revisaremos el debate siempre abierto respecto de los problemas que se han planteado en los últimos tiempos y en la actualidad.

RESUM

La investigació d'alguns delictes en el procés penal requereix envair la intimitat i el dret al secret de les comunicacions dels individus. La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 d'octubre, ha introduït canvis jurídics, substantius i processals en molts aspectes relatius a la manera de materialitzar la mesura d'ingerència en aquest dret fonamental, ja que la intervenció telefònica afecta directament a l'esfera de privacitat del subjecte.

En la present tesi analitzarem el context problemàtic; és a dir, si la nova normativa ha fet vessar tant les exigències jurisprudencials dels nostres tribunals en la matèria, així com les aportacions de la doctrina més especialitzada, pel buit legislatiu anterior existent pel que fa a determinats aspectes de la qüestió, i revisarem el debat sempre obert respecte dels problemes que s'han plantejat en els últims temps i en l'actualitat.

ABSTRACT

The investigation of some crimes in the criminal process requires invading the privacy and the right to secrecy of the communications of individuals. The reform of LO n^o 13/2015, of October 5, has introduced legal, substantive and procedural changes in many aspects regarding the way to materialize the measure of interference in this fundamental right, since the telephone intervention directly affects the sphere of the subject.

In the present thesis we will analyze the problematic context; that is to say, whether the new legislation has fulfilled both the jurisprudential requirements of our courts in this area and the contributions of the most specialized doctrine, the previous legislative vacuum on certain aspects of the issue, and review the debate always open regarding the problems that have arisen in recent times and today.

PALABRAS CLAVES

Derecho al secreto de las comunicaciones. Derecho a la intimidad. Derecho de defensa. Intervenciones telefónicas. Proceso penal. Prueba ilícita. Conexión de antijuricidad.

PARAULES CLAU

Dret al secret de les comunicacions. Dret a la intimitat. Dret de defensa. Intervencions telefòniques. Procés penal. Prova il·lícita. Connexió d' antijuricitat.

KEY WORDS

Right to confidentiality of communications. Right to privacy. Right of defense. Telephone interventions. Criminal procedure. Unlawful proof. Antijurency connection.

SUMARIO

ÍNDICE.....	9
RELACIÓN DE ABREVIATURAS.....	14
INTRODUCCIÓN.....	15

CAPÍTULO I

LA INJERENCIA EN LA INTIMIDAD Y EN LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

1. El derecho al secreto de las comunicaciones y sus límites.....	19
1.1) Breve reseña histórico-constitucional.....	19
1.2) Derecho constitucional comparado y convenios internacionales.....	22
1.2.1) Derecho constitucional comparado.....	22
1.2.2) Reconocimiento en convenios internacionales.....	26
1.3) Apuntes jurisprudenciales del TEDH: una determinación de los aspectos esenciales a debatir.....	28
1.4) Naturaleza jurídica y objeto.....	33
1.4.1) Delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones.....	33
1.4.2) Notas características del derecho.....	36
1.4.3) Objeto del derecho al secreto de las comunicaciones.....	39
1.5) El concepto de secreto y de comunicación en las intervenciones telefónicas.....	40
1.6) Sujetos de la intervención.....	44
2. La intervención telefónica en España.....	47
2.1) Concepto y naturaleza jurídica.....	47
2.2) Regulación de las intervenciones telefónicas.....	50
2.2.1) Tras la entrada en vigor de la CE.....	50
2.2.2) La reforma de la LO nº 4/1988, de 25 de mayo.....	54
3. Las soluciones propuestas.....	56
3.1) El contexto problemático.....	56

3.2)	La solución jurisprudencial: el ATS de 18 de junio de 1992.....	82
3.3)	La reforma de la ley.....	87
3.3.1)	Otras disposiciones normativas.....	87
3.3.2)	Anteriores propuestas legislativas.....	103
3.3.3)	La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre.....	115

CAPÍTULO II

LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA COMO MEDIDA DE INJERENCIA EN LA INVESTIGACIÓN.

1.	El título habilitante.....	124
2.	Presupuestos para la materialización de la injerencia.....	125
2.1)	Cobertura legal y garantía jurisdiccional de la intervención.....	126
2.1.1)	Las excepciones.....	129
2.2)	La adopción de la medida: el momento procesal.....	132
2.2.1)	La cuestión formal.....	132
2.2.2)	El secreto para las partes.....	136
2.2.2.1)	El debate en la doctrina.....	136
2.2.2.2)	El posicionamiento jurisprudencial.....	138
2.2.2.3)	La reforma legal.....	140
2.3)	Excepcionalidad de la medida.....	141
2.4)	El principio de proporcionalidad.....	142
2.4.1)	La exigencia de proporcionalidad.....	142
2.4.2)	Tendencias jurisprudenciales hacia la flexibilización.....	146
3.	El contenido de la resolución judicial.....	152
3.1)	Elementos objetivos.....	152
3.1.1)	La motivación.....	152
3.1.2)	Hechos punibles objeto de investigación.....	156
3.1.3)	Concurrencia de indicios e informaciones anónimas y de carácter confidencial.....	157
3.2)	Algunos casos problemáticos respecto a la motivación.....	163
3.2.1)	La identificación del teléfono o terminal a intervenir y de su titular.....	163
3.2.2)	Los hallazgos casuales.....	167

3.3)	Ausencia de motivación y remisión a la solicitud policial.....	170
4.	La ejecución de la medida.....	172
4.1)	La exigencia de control judicial.....	172
4.2)	El elemento temporal.....	176
4.2.1)	El plazo de duración.....	176
4.2.2)	El cómputo del plazo.....	178
4.2.3)	Las prórrogas.....	180
4.3)	Un caso particular: la jurisprudencia sobre el Sistema Integrado de Interceptación de las Telecomunicaciones (SITEL).....	184
4.3.1)	Notas introductorias.....	184
4.3.2)	El procedimiento técnico.....	187
4.3.3)	La suficiencia normativa de su regulación.....	188
4.3.4)	Especial referencia a la STS nº 1215/2009, de 30 de diciembre.....	190
4.3.4.1)	El criterio de la mayoría.....	190
4.3.4.2)	El voto particular.....	192
4.4)	Los soportes: Volcado de datos, transcripción de contenidos, entrega a la autoridad judicial y destino final de los mismos.....	195
5.	El valor probatorio.....	199
5.1)	La reproducción de las grabaciones en el juicio oral: prueba documental...201	
5.2)	Las transcripciones.....	204
5.3)	La declaración de los agentes policiales: prueba testifical.....	207
5.4)	La identificación de voces: prueba pericial.....	207
5.5)	La valoración probatoria de las intervenciones telefónicas efectuadas en otro proceso penal.....	210
6.	La LO nº 13/2015, de 5 de octubre, como culminación de las exigencias jurisprudenciales.....	211
6.1)	Aspectos críticos a la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre.....	215
7.	Excurso: Breve referencia a cuestiones de cooperación jurídica internacional.....	217
7.1)	Procedimientos por investigaciones de autoridades policiales extranjeras.....	217
7.2)	Las intervenciones en el extranjero.....	219

CAPÍTULO III

LA DECLARACIÓN DE ILICITUD DE LA PRUEBA EN LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y SU ENCAJE EN EL PROCESO PENAL.

1.	Delimitación de la cuestión: investigación de la verdad en el proceso penal y su posible colisión con los derechos fundamentales.....	222
1.1)	Verdad y prueba ilícita.....	222
1.2)	Prueba ilícita y derechos fundamentales.....	227
2.	La prueba ilícita.....	233
2.1)	Precisiones terminológicas.....	233
2.2)	La regla de exclusión probatoria: fundamento y modelos teóricos explicativos.....	236
3.	La prueba ilícita en el Derecho español: análisis del artículo 11 LOPJ.....	240
3.1)	Regulación y antecedentes.....	240
3.2)	Posible fundamento constitucional.....	242
3.3)	La conducta prohibida.....	246
3.3.1)	Obtención de medios de prueba y lesión de derechos fundamentales.....	247
3.3.2)	La referencia a la obtención “directa” e “indirecta”.....	248
4.	Efectos de la prueba ilícita.....	250
4.1)	Prohibición de admisión y valoración.....	250
4.2)	La STC nº 114/1984, de 29 de noviembre.....	255
5.	Excepciones a la aplicación de la regla de exclusión.....	259
5.1)	La buena fe en la actuación policial.....	259
5.2)	Excepciones a la eficacia refleja.....	263
5.2.1)	La fuente independiente.....	265
5.2.2)	El descubrimiento inevitable.....	267
5.2.3)	El nexo causal atenuado.....	269
5.2.4)	La posición de un particular sin interés.....	273
5.3)	La doctrina de conexión de la antijuricidad: Especial referencia a la STC nº 81/1998, de 2 de abril.....	276
6.	Procedimiento para la declaración de la ilicitud: tratamiento procesal.....	287

7.	Flexibilización de garantías y prueba ilícita: ¿Intervención telefónica como Derecho penal del enemigo?.....	291
7.1)	Derecho penal del enemigo: una breve explicación.....	291
7.2)	Su relación con las intervenciones telefónicas.....	305
CONCLUSIONES.....		309
BIBLIOGRAFÍA.....		315
RELACIÓN JURISPRUDENCIAL.....		329

RELACIÓN DE ABREVIATURAS

ALECrím	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal.
ALODDFPP	Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal.
Art.	Artículo.
ATC	Auto Tribunal Constitucional.
ATS	Auto Tribunal Supremo.
BCPP	Borrador del Código Procesal Penal.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CP	Código Penal.
CESID	Centro Superior de Información de la Defensa.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria.
LGT	Ley General de Telecomunicaciones.
LOPJ	Ley Orgánica Poder Judicial.
LOTIC	Ley Orgánica Tribunal Constitucional.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Legislativo.
SITEL	Sistema Integrado de Interceptación de las Telecomunicaciones.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TS	Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones viene reconocido expresamente en el art. 18.3 de nuestra Carta Magna, por lo que debe ser objeto de protección individual en nuestro Estado de derecho. A su vez, las comunicaciones telefónicas constituyen un medio ampliamente utilizado por las personas para el traslado e intercambio de información de muy diferentes ámbitos, en atención al caudal de información que se intercambia, por lo que es lógico recurrir a su empleo en la investigación criminal, especialmente cuando los hechos a investigar presentan cierta gravedad; de hecho, la experiencia demuestra que la interceptación y escucha de las comunicaciones telefónicas ha proporcionado datos decisivos en multitud de ocasiones para el esclarecimiento de actividades delictivas, pues es obvio que se ha abierto un nuevo camino para la delincuencia -en especial la delincuencia organizada-, que se sirve de las nuevas tecnologías para llevar a cabo sus propósitos delictivos.

En ese sentido, si bien es evidente que las telecomunicaciones han experimentado una extraordinaria evolución tecnológica con la aparición de medios de comunicación más modernos (telefonía móvil, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, etc.), la problemática suscitada en cuanto a su adecuada regulación normativa como medio de investigación y posterior valor probatorio en los procesos penales es un tema de actualidad y cuyo debate continúa abierto.

Una de las principales cuestiones que se plantea es la adecuada ponderación entre lo que podríamos denominar intereses en conflicto; es decir, por una parte, entre el interés público por ejercer eficazmente el *ius puniendi* del Estado; y, por otra, el interés individual del sujeto afectado por mantener intacta su esfera de libertad. Y es que si bien es innegable que las nuevas tecnologías son un factor de progreso económico y social -y, por ende, del bienestar general-, también son riesgos para la vigencia de los principios constitucionales arraigados desde el garantismo más básico, puesto que proteger al derecho a la intimidad es salvaguardar, en parte, la esencia del ser humano. Así, parece a todas luces necesario alcanzar un equilibrio justo entre las actividades encaminadas a la investigación y descubrimiento de actividades delictivas e identificación de sus autores, ya que el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado no puede ser ilimitado en el sentido de conseguir la verdad a cualquier precio -el fin no justifica los medios-, pues debe prevalecer de forma incólume la salvaguarda del conjunto de

derechos fundamentales que toda persona ostenta en un Estado de derecho, lo que conlleva que el interés público deba ceder ante el individual en determinados casos.

Sin embargo -tal y como veremos-, en nuestra normativa dicha medida de investigación criminal se encontraba deficientemente regulada -hasta la reciente reforma llevada a cabo por la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, el artículo 579 de la Ley Enjuiciamiento Criminal había sufrido su última reforma en el año 1988- y, ni diversas normas administrativas ni la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia resolvieron de forma satisfactoria ni uniforme dicha anomia legislativa. Por si ello fuera poco, esta consideración viene avalada por el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en diversas resoluciones puso de manifiesto que en nuestro ordenamiento jurídico no existían las garantías legales suficientes que diesen la cobertura necesaria a la adopción de medidas de intervención telefónica en la jurisdicción criminal, condenando por dicho motivo a nuestro país en dos casos -Sentencia *caso Valenzuela Contreras vs. España*, de 30 de julio de 1998, y Sentencia *caso Prado Bugallo vs. España*, de 18 de febrero de 2003-, que serán debidamente comentados y analizados.

Por consiguiente, consideramos que el contenido del trabajo de investigación sobre las intervenciones telefónicas en el proceso penal y su relación con el derecho al secreto de las comunicaciones constituye un contenido de interés por su absoluta actualidad, notoria complejidad en el marco técnico aplicativo, y se ha profundizado con la introducción de reflexiones y aportación de opiniones que pretenden acreditar la profundidad conceptual y analítica con la que hemos desarrollado el abordaje de la materia; para ello, se ha planteado una metodología que intenta ir en la argumentación y en la crítica más allá de las aportaciones de la literatura dogmática procesal -de gran valor- que hemos encontrado en la exégesis de los textos y artículos doctrinales examinados, de la doctrina jurisprudencial de los tribunales, así como de la propia normativa existente, toda vez que muchos aspectos de los tratados requieren una discusión constante y, en ocasiones, desbordan el esquema clásico existente y ponen en tela de juicio elementos básicos de dicha dogmática, lo cual creemos que supone generación de conocimiento científico, con la clara finalidad de abordar adecuadamente las problemáticas reales a que nos enfrentamos.

En cuanto a la sistematización de materias y la pauta metodológica que ha inspirado el trabajo, el mismo se ha desarrollado de un modo transversal -toda vez que se han tratado aspectos de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal-,

pues las controvertidas cuestiones que se han analizado y sus singulares características requerían menciones desde diferentes perspectivas, lo cual consideramos no ha hecho sino enriquecer la densidad y profundidad de la investigación, al otorgarle un marcado carácter interdisciplinar. En ese sentido, se ha construido por bloques temáticos pero integrantes de un todo; es decir, que se ha pretendido reunir en un solo trabajo aquellos aspectos que a nuestro juicio necesitan ser tratados con rigor crítico y conceptual desde una perspectiva más global, con el objeto de contribuir a revisar el debate de cuestiones que quizás -algunas- han sido insuficientemente tratadas y se aporta una visión panorámica del conjunto de las materias objeto de análisis, lo cual se ha efectuado con el correspondiente aparato crítico y análisis estructurado, en el intento de aportar opiniones más allá de los patrones de opinión habituales existentes hasta la fecha.

El Capítulo I de la obra se ha dedicado a la injerencia en la intimidad y en las comunicaciones como medio de investigación en el proceso penal: para ello se ha hecho un análisis del derecho al secreto de las comunicaciones desde su prisma constitucional, para lo que se ha incluido tanto una reseña histórica como un estudio de derecho constitucional comparado, así como su reconocimiento en convenios internacionales; se ha analizado el desarrollo de las disposiciones de rango normativo, los correspondientes apuntes jurisprudenciales del TEDH; su naturaleza jurídica y objeto; las notas características del derecho; los conceptos de secreto y de comunicación; los sujetos de la intervención; la concreta regulación en nuestro ordenamiento jurídico, sus reformas pasadas; el contexto problemático y las situaciones creadas como consecuencia de la insuficiente regulación normativa existente en nuestro país, las soluciones jurisprudenciales, así como otras propuestas legislativas existentes hasta la última reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

En el Capítulo II se ha trabajado la intervención telefónica como medida de injerencia en la investigación: para ello se ha analizado el título habilitante; los presupuestos que deben darse para la materialización de la injerencia, la cobertura legal y garantía jurisdiccional de la intervención y sus excepciones; el momento procesal para adoptar la medida, sus cuestiones formales, el secreto para las partes; la excepcionalidad de la medida, la exigencia de proporcionalidad de la misma y las tendencias jurisprudenciales hacia la flexibilización; el contenido de la resolución judicial, los elementos objetivos de motivación, hechos punibles, concurrencia de indicios e informaciones anónimas y de carácter confidencial, la identificación del terminal a intervenir y su titular, los hallazgos casuales y remisiones a la solicitud

policial; la ejecución de la medida, la exigencia de control judicial; los elementos de carácter temporal, los plazos y su cómputo así como y las prórrogas de la misma; un análisis del Sistema Integrado de Interceptación de las Telecomunicaciones -que incluye un análisis jurisprudencial sobre su suficiencia normativa- y todos los aspectos relacionados con los soportes, transcripción de contenidos, la entrega a la autoridad judicial y el destino final de los mismos; su valor probatorio en juicio, prueba documental, transcripciones, prueba testifical, prueba pericial, así como la valoración probatoria de las intervenciones telefónicas efectuadas en otro proceso penal; un análisis de aspectos críticos de la última reforma legal como culminación de las exigencias jurisprudenciales, y un breve excursus con referencia a cuestiones de cooperación jurídica internacional.

En el Capítulo III nos hemos centrado en la declaración de ilicitud de la prueba en las intervenciones telefónicas y su encaje en el proceso penal: para ello, se ha delimitado la cuestión de la investigación de la verdad en el proceso penal y su posible colisión con los derechos fundamentales; la denominada prueba ilícita y el fundamento de la regla de exclusión probatoria; un análisis de la regulación de la prueba ilícita en el Derecho español, su posible fundamento constitucional y las conductas prohibidas; los efectos de la prueba ilícita; las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, la buena fe en la actuación policial; las excepciones a la eficacia refleja, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable, el nexo causal atenuado y la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de un particular sin interés; la doctrina de conexión de la antijuricidad; así como el tratamiento procesal para la declaración de la ilicitud. Finalmente, hemos incluido un apartado para la reflexión e incorporación al debate doctrinal respecto de si la intervención telefónica en nuestro país constituye una manifestación del Derecho penal del enemigo.

En cuanto a las fuentes que hemos utilizado para este trabajo, han sido el derecho positivo nacional y europeo, el cuerpo doctrinal más relevante, así como la copiosa jurisprudencia existente en la materia, tanto del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A su vez, en sede de ilicitud probatoria también ha sido objeto de estudio la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, por la relevancia que tiene en el desarrollo actual de las garantías en el proceso.

CAPÍTULO I

LA INJERENCIA EN LA INTIMIDAD Y EN LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

1. El derecho al secreto de las comunicaciones y sus límites.

1.1) Breve reseña histórico-constitucional.

El secreto de las comunicaciones encuentra expreso reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 18.3 de la CE, cuando señala que: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”; es decir, que se reconoce como garantía, ostentando el rango de derecho fundamental -pues se encuentra recogido dentro de la Sección Primera (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas) del Capítulo II (Derechos y libertades) de la CE- y, por consiguiente, goza de la especial protección que le otorga el art. 53.2 del mismo cuerpo legal -recurso de amparo ante el TC además de las garantías jurisdiccionales ordinarias, debiendo añadirse la posibilidad de solicitar el auxilio judicial del TEDH tras agotar las vías internas, lo cual -como se verá- ha tenido gran trascendencia en nuestro país-, si bien debe retrocederse algo en el tiempo para observar cómo su carácter normativo ha ido tomando forma históricamente hasta la actualidad.

En ese sentido, la regulación del carácter secreto de las comunicaciones parece tener su precedente histórico en el Decreto de la Asamblea Nacional Francesa, de fecha 10 de agosto de 1790, el cual constituía un pilar fundamental de la Revolución Francesa en su lucha frente al poder del Estado, de conformidad con el cual *“le secret des lettres est inviolable”*,¹ que fijó su ámbito de aplicación -como es lógico, mucho más reducido que en la actualidad- a la correspondencia escrita, y se concretó en el secreto postal, toda vez que la existencia de medios de comunicación más “modernos” como el teléfono brillaban por su ausencia a finales del siglo XVIII.

En dicho contexto, la libertad individual -entendida como límite frente a determinadas conductas desproporcionadas de los gobiernos- explica que uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo moderno residiera en la inserción

¹ Citado por ZARAGOZA TEULER, V.A., “Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”, *www.noticiasjuridicas.com, Artículo doctrinal*, julio 2003, p.1.

de los textos constitucionales de catálogos de derechos humanos. Prueba de ello fue la introducción del secreto postal -o inviolabilidad de la correspondencia- en la Constitución de Bélgica de fecha 7 de febrero de 1831, cuyo art. 22 reconoció sin paliativos el carácter inviolable del secreto de la correspondencia -“*Le secret des lettres est inviolable. La loi détermine quels sont les agents responsables de la violation du du secret des lettres confiées a la poste*”-,² la cual fue seguida en términos de práctica literalidad por la Constitución del Reino de las Dos Sicilias, de fecha 29 de enero de 1848, en su art. 29;³ asimismo destaca la Constitución del Imperio Alemán de fecha 28 de marzo de 1849, en cuyo art. 141 se plasman dos ideas fundamentales como son: la posibilidad de exceptuación del derecho en el curso de una actuación judicial, así como la posibilidad de incautación del correo o papeles en el contexto de una detención o registro domiciliario, sin necesidad de esta previa autorización,⁴ de lo que podemos concluir que la esfera de protección del derecho al secreto postal ya guardaba una absoluta relación con la protección de la privacidad por parte de los ciudadanos frente a los registros llevados a cabo por los poderes públicos, con un marcado objetivo de hacer frente al poder del Estado.

En cuanto al constitucionalismo español,⁵ no encontramos referencias al secreto de las comunicaciones en el denominado Estatuto de Bayona de 1808 ni en la Constitución de Cádiz de 1812, ni en el Estatuto Real de 1834, ni en la Constitución de 1837; más adelante, la Constitución de fecha 23 de mayo de 1845 -la denominada “moderada”-, tampoco efectuaba ninguna mención respecto al secreto de la correspondencia postal y telegráfica, ya que su art. 7 únicamente se limitaba a hacer una mención más genérica -en sede de derechos fundamentales-

² Citado por RODRÍGUEZ LAÍNZ, J.L., “Sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica”, *Diario La Ley nº 7647*, Sección Doctrina, Madrid, 8 de junio de 2011, p. 9, quien refiere a DIPPEL, H., “Constitucionalismo moderno. Introducción de una historia que necesita ser escrita”, *Revista Electrónica de Derecho Constitucional nº 6*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre, 2005.

³ Art. 29: “*Il segreto delle lettere è inviolabile. La responsabilità degli agenti Della posta, per la violazione del segreto delle lettere sarà determinata da unallegge*”.

⁴ Art. 141: “*Die Beschlagnahme von Briefen und Papieren darf, außer bei einer Verhaftung oder Haussuchung, nur in Kraft eines richterlichen, mit Gründen versehenen Befehls vorgenommen werden, welcher sofort oder innerhalb der nächsten vier und zwanzig Stunden dem Beteiligten zugestellt werden soll*” (La intervención de correspondencia o documentos, excepto en caso de una detención o entrada en domicilio, sólo puede ser ejecutada en virtud de orden judicial motivada, la cual deberá ser notificada a la parte afectada en el plazo de las siguientes 24 horas). Citado por RODRÍGUEZ LAÍNZ, J.L., “Sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica”, *Diario La Ley nº 7647*, Sección Doctrina, Madrid, 8 de junio de 2011, p. 10.

⁵ www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

que no podía ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos y en la forma que las leyes prescribieran.

Por ello, hubo que esperar a la Constitución de fecha de 1 de junio de 1869 - la denominada "gloriosa"-, cuyo art. 7 sí que efectuaba ya una expresa protección, salvo resolución judicial, de la correspondencia confiada al correo así como a la telegráfica.⁶ Más adelante, la Constitución de fecha de 30 de junio de 1876, continuó protegiendo ese derecho a la inviolabilidad del correo, si bien curiosamente únicamente respecto a la correspondencia postal, omitiendo mención alguna respecto de la telegráfica.⁷

El siguiente texto constitucional que se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones es la Constitución de 1931, aprobada en fecha de 9 de diciembre de dicho año, la cual nuevamente dispuso un determinado ámbito de protección del mismo -ciertamente de un modo más genérico y flexible a la interpretación- ya que su art. 32 se refería a la correspondencia en todas sus formas, sin concretar de forma más detallada si la misma era de carácter postal, telegráfica o en cualquiera otra de sus manifestaciones.⁸

Con posterioridad, el Fuero de los Españoles, de fecha 17 de julio de 1945, continuó recogiendo dicho derecho, pues en su art. 13 el Estado garantizaba la libertad y el secreto de la correspondencia⁹ -si bien es cierto que curiosamente se omite la necesidad de resolución judicial para la interceptación de la misma-. Ahora bien, dicho precepto es de algún modo pionero en la materia, toda vez que, por primera vez, junto al secreto de las comunicaciones se hizo referencia a la libertad de las mismas.

Finalmente, el actual artículo 18.3 del texto constitucional va más allá de los tradicionales reconocimientos constitucionales -artículo 7 de la Constitución de 1869,

⁶ Art. 7: "En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de juez competente, podrán detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por correo".

⁷ Art. 7: "No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo".

⁸ Art. 32: "Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario".

⁹ Art. 13: "Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia".

art. 7 de la Constitución de 1876 y artículo 32 de la Constitución de 1931-, ya que reconoce tanto el derecho al secreto de las comunicaciones como la garantía del mismo, de forma ilimitada, pues si bien el artículo 18.3 de la CE hace referencia única y exclusivamente al “secreto”, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen tener criterios unánimes para considerar que de modo implícito se está protegiendo también la libertad de las mismas.¹⁰

1.2) Derecho constitucional comparado y convenios internacionales.

El marco jurídico existente en referencia al derecho al secreto de las comunicaciones que efectúa nuestro texto constitucional -así como de protección y salvaguarda de otros derechos fundamentales- es reconocido igualmente en otros textos constitucionales y convenios de carácter internacional.

1.2.1) Derecho constitucional comparado.

La Constitución de la República Italiana -*Costituzione della Repubblica Italiana*-, Ley suprema de la República de Italia, aprobada el día 22 de diciembre de 1947, publicada el 27 de diciembre del mismo año y que entró en vigor el 1 de enero de 1948, recoge de forma explícita en su art. 15 la inviolabilidad de la libertad y el secreto de la correspondencia, así como de cualquier otra forma de comunicación, otorgando protección de carácter legal contra posibles injerencias.¹¹

Del mismo modo, la Ley Fundamental de Bonn de fecha 23 de mayo de 1949, y que entró en vigor al día siguiente en todo el territorio de las tres zonas de ocupación occidentales, así como en la parte occidental de Berlín, en su art. 10

¹⁰ BARCELONA LLOP, J., “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, *Revista de Administración Pública* nº 112, 1987, p. 75, www.dialnet.com, cuando señala que “el derecho en cuestión tutela tanto la libertad de la correspondencia y de las comunicaciones como un secreto, revistiendo éste mayor importancia práctica, pues sin él no hay libertad real”; Cfr. por su interés respecto de los antecedentes históricos del derecho al secreto de las comunicaciones, ALONSO PÉREZ, F., *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 17 y ss; STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, que será citada con frecuencia en este trabajo, al establecer que “(...) El derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente y, de modo expreso, su secreto (...)”.

¹¹ Art. 15: “La libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación sólo podrá producirse por resolución motivada de la autoridad judicial, y con las garantías exigidas por la ley”. Dicho artículo lo encontramos ubicado dentro de la Parte I del texto constitucional (Arts. 13 a 54), que versan sobre los Derechos y Deberes de los ciudadanos (*Parte prima: diritti e doveri dei cittadini*). www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

considera inviolable el secreto de la correspondencia, junto con los del correo y los telégrafos, estableciendo que únicamente por ley podrán establecerse limitaciones a dicho derecho.¹² A su vez, la Constitución de Portugal que entró en vigor en fecha de 25 de abril de 1976, recoge similares ideas en su art. 34, prohibiendo toda injerencia por parte de las autoridades públicas en la correspondencia, telecomunicaciones y demás medios de comunicación de los particulares, salvo en los casos que legalmente se establezcan en materia de procedimiento penal.¹³ De hecho, un sector de la doctrina ha subrayado que nuestro legislador constituyente tuvo en cuenta dichos textos constitucionales para la redacción del art. 18.3 de nuestra Carta Magna.¹⁴

Haciendo una somera mención de los ordenamientos que podemos denominar como “nórdicos o escandinavos”, definiendo así esta categoría como algo diferente de los ordenamientos de “*Common Law*” y de los de “*Civil Law*”, por sus propias raíces históricas e institucionales, la Constitución de Suecia de 1976 se expresa en la materia en similares términos en su art. 6, otorgando protección a la correspondencia y a la escucha y grabación de las conversaciones telefónicas u otras comunicaciones confidenciales de los ciudadanos.¹⁵ Por su parte, la

¹² Art. 10: “1. Será inviolable el secreto de la correspondencia (*Briefgeheimnis*), así como el del correo y los telégrafos. 2. Sólo en virtud de una ley podrán establecerse limitaciones a este derecho. Si la restricción obedece al propósito de proteger el orden básico liberal y democrático o la existencia o salvaguardia de la Federación o de un Estado regional, podrá la ley disponer que no se comunique la restricción al afectado y que el control sea asumido por órganos y auxiliares designados por la representación del pueblo, en vez de correr a cargo de la autoridad judicial”. La Ley Fundamental somete al legislador y a la administración al orden constitucional y sus normas, así como al resto del ordenamiento jurídico. En concreto, dicho artículo lo encontramos ubicado dentro de los Derechos Fundamentales que se recogen en el Título I, los cuales tienen eficacia directa. Nótese que el legislador utilizó la expresión “Ley Fundamental” en lugar de Constitución, por el deseo de marcar el texto con cierto carácter de provisionalidad, toda vez que en aquel momento histórico Alemania había quedado separada por el telón de acero y, por ende, una parte importante de la nación no quedaba sometida a la norma suprema. www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

¹³ Art. 34: “1. El domicilio y el secreto de la correspondencia y de otros medios de comunicación privada son inviolables. 4. Se prohíbe toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia, en las telecomunicaciones y en los demás medios de comunicación, salvo en los casos previstos en la ley en materia de procedimiento penal”. www.confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

¹⁴ MORENO CATENA, V. Y AAVV, destaca especialmente la Constitución italiana y la Ley Fundamental de Bonn como modelos de referencia para la redacción del artículo 18.3 de nuestra Constitución en “Medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones personales”, en *El proceso penal, Doctrina, jurisprudencia y formularios. Vol. II: Instrucción y medidas cautelares*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1364.

¹⁵ Art. 6: “Se protegerá a todo ciudadano frente a todo ataque corporal, incluso en supuestos distintos a los contemplados en los artículos 4 y 5 del presente capítulo. Además, se le amparará frente a registros físicos, domiciliarios o intervenciones análogas, así como respecto al examen de sus cartas o correspondencia confidencial, y a la escucha y grabación de sus conversaciones telefónicas u otras comunicaciones confidenciales.” (Los arts. 4 y 5 a que hace mención se refieren a la abolición de la pena capital y a que las asociaciones sindicales de empleados, así como todo

Constitución del Reino de Dinamarca, que entró en vigor en fecha de 5 de junio de 1953, lo hace en su art. 72, garantizando el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, salvo que la injerencia se produzca por acuerdo de una decisión judicial y porque una ley acuerde una especial excepción.¹⁶ A su vez, la Constitución de Finlandia, sancionada en Helsinki en fecha de 11 de junio de 1999, y con entrada en vigor el 1 de marzo de 2000, recoge en su art. 10 la protección de la privacidad e inviolabilidad del secreto de las comunicaciones postales y telefónicas.¹⁷

Por su parte, la Constitución de la Federación Rusa, aprobada por referéndum popular en fecha de 12 de diciembre de 1993, se hace eco de la misma idea en su art. 23, garantizando que todas las personas tienen derecho al secreto de su correspondencia, de sus comunicaciones por teléfono, correo, telégrafo, y de otro tipo, limitándose este derecho únicamente por decisión judicial.¹⁸

En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones en el sistema constitucional norteamericano, en el seno de la Cuarta Enmienda no se recogía la

patrono o asociación de patronos tendrán derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, a menos que otra cosa resulte de ley o de un convenio). Este art. 6 está incluido dentro del Capítulo II del texto constitucional, el cual regula las “Libertades y derechos Fundamentales”. www.studylib.es/doc/13494/constituci%C3%B3n-de-suecia-de-1976. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

¹⁶ Art. 72: “El domicilio es inviolable. Toda pesquisa domiciliaria, y todo secuestro o inspección de cartas u otros escritos así como toda violación del secreto de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, podrá tener lugar, si ninguna ley acuerda una especial excepción, sólo de acuerdo a una decisión judicial.” Regulación que viene recogida dentro del Capítulo VIII (Derechos Individuales). www.roble.pntic.mec.es/jmonte2/ue25/dinamarca. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

¹⁷ Art. 10: “Se garantiza la privacidad, el honor y la inviolabilidad del domicilio de todas las personas. La protección de los datos personales estará regulada más precisamente por Ley. El secreto de las comunicaciones postales, telefónicas y otras confidenciales es inviolable. Se podrán establecer por Ley y con el objeto de salvaguardar los derechos fundamentales o esclarecer delitos, medidas imprescindibles que afecten al ámbito de la inviolabilidad del domicilio. Asimismo se podrán establecer por Ley las limitaciones al secreto de las comunicaciones imprescindibles en la investigación de delitos contra la seguridad de un individuo o de la sociedad o contra la inviolabilidad del domicilio, en procesos judiciales y en el control de la seguridad, así como durante una privación de libertad.” Regulación que viene recogida dentro del Capítulo II (Derechos Fundamentales). www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

¹⁸ Art. 23: “1. Todas las personas tienen derecho a la inviolabilidad de su vida personal, de su vida íntima tanto individual como familiar, a la defensa de su honor y de su buen nombre. 2. Todas las personas tienen derecho al secreto de su correspondencia, de sus comunicaciones por teléfono, correo, telégrafo, y de otro tipo. La limitación a este derecho sólo se puede realizar por decisión judicial.” Regulada en su Primera Parte, Capítulo 2 (Los Derechos y Libertades del hombre y del ciudadano). www.archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/186/4. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

mención expresa de salvaguardia del secreto postal de forma literal,¹⁹ si bien se declaraba la inviolabilidad de “papeles y efectos”, de lo que se desprende que la propia redacción literal del precepto dejaba abierta la puerta a considerar como objeto de protección de la proyección de la personalidad dicho derecho, extendiendo dichos papeles y efectos a sus comunicaciones. Ahora bien, fue la extraordinaria fuerza expansiva de la jurisprudencia de su Tribunal Supremo -como indiscutible fuente del derecho a través del precedente jurisprudencial- la que favoreció la natural expansión del derecho al secreto postal como una auténtica extensión de la esfera de la privacidad. En ese sentido, cuando en el año 1877 el Tribunal Supremo estadounidense tuvo la primera oportunidad de enfrentarse a un supuesto de retención y apertura de correspondencia relacionada con la distribución de documentación sobre premios de lotería ilegales -caso *JACKSON vs. EEUU*, 96 U.S. 727 (1877)-, no tuvo ningún reparo en llegar a la importante conclusión de que la Cuarta Enmienda, realmente, estaba amparando el secreto postal,²⁰ por cuanto que las mismas razones que llevaban a la protección personal y domiciliaria de papeles y efectos eran extrapolables, como extensión de la privacidad, a la correspondencia cerrada.

Si hacemos una referencia general a latinoamérica, la idea de privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones se encuentra también recogida en la Constitución Política de la República de Panamá, de fecha 11 de octubre de 1972, la cual ha sufrido alguna reforma posterior, que recoge este mandamiento en su art. 29, señalando la inviolabilidad de las mismas salvo mandato judicial que autorice

¹⁹ Cuarta Enmienda: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”. (El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas).

²⁰ “*Letters and sealed packages of this kind in the mail are as fully guarded from examination and inspection, except as to their outward form and weight, as if they were retained by the parties forwarding them in their own domiciles. The constitutional guaranty of the right of the people to be secure in their papers against unreasonable searches and seizures extends to their papers, thus closed against inspection, wherever they may be. Whilst in the mail, they can only be opened and examined under like warrant, issued upon similar oath or affirmation, particularly describing the thing to be seized, as is required when papers are subjected to search in one’s own household. No law of Congress can place in the hands of officials connected with the postal service any authority to invade the secrecy of letters and such sealed packages in the mail; and all regulations adopted as to mail matter of this kind must be in subordination to the great principle embodied in the fourth amendment of the Constitution*”. Citado por RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica”, *Diario La Ley* nº 7647, Sección Doctrina, Madrid, 8 de junio de 2011, p. 12.

dicha interceptación o grabación.²¹ A su vez, en la Constitución colombiana, promulgada en Bogotá en fecha de 4 de julio de 1991, se recoge la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada estableciéndose la excepción de interceptación o registro de las mismas por mandato judicial, en los casos y con las formalidades establecidas por legalmente, tal y como prescribe su art. 15.²² En parecidos términos se pronuncia la Constitución argentina, de fecha 22 de agosto de 1994, cuando dentro del redactado de su art. 18 encontramos la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados, señalando que por ley se dispondrá en qué casos se podrá proceder a su allanamiento y ocupación.²³ Mayor modernidad parece desprenderse del redactado de la Constitución peruana, promulgada en fecha de 29 de diciembre de 1993, ya que en su art. 2.10 encontramos un expreso reconocimiento del derecho de las personas al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones, así como a sus documentos privados, siendo únicamente posible su interceptación por mandamiento motivado del juez y con las garantías legalmente previstas.²⁴

1.2.2) Reconocimiento en Convenios internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), en fecha de 10 de diciembre de 1948 en París, y que recoge los derechos humanos de carácter civil, político, social, económico y cultural considerados básicos, garantiza en su art. 12 el derecho a que las personas no puedan ser objeto

²¹ Tras hablar de la correspondencia y otros documentos privados, el art. 29 señala que “todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.” www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/panama/ Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

²² Art. 15: “(...) La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley (...)”. www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/colombia/ Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

²³ Art. 18: “(...) El domicilio es inviolable como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación (...)”. www.senado.gov.ar/delInteres. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

²⁴ Art. 2.10: “Toda persona tiene derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.” www.portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

de injerencias arbitrarias o ilegales en su correspondencia, así como que sean protegidas por Ley contra dichos posible ataques.²⁵

Asimismo, el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH),²⁶ firmado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, el cual entró en vigor en 1953, y ratificado por España mediante Instrumento de 16 de septiembre de 1989 -BOE nº 243, de 10 de octubre-, probablemente el más relevante en la materia puesto que además de tener por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales -al permitir un control judicial del respeto de dichos derechos individuales-, desempeña una importante labor en el sentido de fijar un denominador común a la hora de armonizar los requisitos necesarios para que se pueda proceder a una intervención de las comunicaciones, ya sean las mismas telefónicas, postales o telegráficas.

Igualmente, es destacable la coincidencia de la protección de la correspondencia recogida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos - antes mencionada- con el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁷ tratado multilateral que reconoce derechos civiles y políticos, y que establece mecanismos para su protección y garantía, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, cuya entrada en vigor data de 23 de marzo de 1976, y que España ratificó mediante Instrumento de 13 de abril de 1977 -BOE nº 103, de 30 de abril-.

Finalmente, en el ámbito del Derecho comunitario europeo, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en fecha de 7 de diciembre de 2000, recoge en su art. 7 el respeto de las comunicaciones, dentro del precepto dedicado al respeto a la vida privada y familiar. La Carta sigue la

²⁵ Art. 12: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra y su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias y ataques".

²⁶ Art. 8: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros".

²⁷ Art. 17: "1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y su reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias y ataques".

formulación clásica de la protección del derecho, si bien opta por el más comprensivo término de comunicaciones, con lo cual tienen cabida tanto los medios de comunicación actual como los que puedan desarrollarse en el futuro.²⁸

1.3) Apuntes jurisprudenciales del TEDH: una determinación de los aspectos esenciales a debatir.

De la lectura del redactado de los anteriores textos normativos de carácter transnacional -Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de los Derechos Humanos y Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales- se desprende que no se hacía en aquel momento histórico una mención expresa a las comunicaciones de carácter telefónico, por lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la que ha consolidado la tendencia interpretable en materia de control y justificación de las intervenciones telefónicas para evitar abusos de los Estados sobre los particulares, y ha considerado a las conversaciones telefónicas como comprendidas en sede de protección de la correspondencia. En ese sentido, esta consideración aparece recogida en la sentencia del *caso Klass y otros vs. Alemania*, de fecha 6 de septiembre de 1978, la cual consideró que, si bien el art. 8.1 del CEDH no hace mención expresa de las conversaciones telefónicas -ya que señala el respeto de las personas a su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia-, las mismas se encuentran comprendidas dentro de las nociones de “vida privada” y de “correspondencia”. A su vez, y desde la óptica de la concienciación que debía darse a los denominados datos de tráfico como elementos integrantes de las comunicaciones, parece de mayor relevancia la sentencia del *caso Malone vs. Reino Unido*, de fecha 2 de agosto de 1984, en una línea jurisprudencial que se mantiene²⁹ y que será objeto de desarrollo a lo largo de este trabajo.

Por otra parte, el art. 8.2 del CEDH impide la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio a la vida privada y familiar, salvo que dicha injerencia esté prevista por ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico

²⁸ A pesar de carecer de vinculación jurídica se ha invocado con frecuencia no sólo por el TJCE sino también por nuestros tribunales internos. ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p. 24.

²⁹ STEDH *caso Calmanovici vs. Rumanía*, de fecha 1 de julio de 2008.

del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás. Por ello, parece oportuno señalar los pronunciamientos jurisprudenciales del TEDH al respecto, pues el redactado del art. 8.2 del CEDH podía dar lugar a diversas interpretaciones -no exentas de controversia-, y que se centraron en tres aspectos:³⁰

1. En primer lugar, se plantearon serias dudas sobre el alcance del significado de la expresión “injerencia prevista por la ley”, pues no era pacífica la interpretación que debía darse al término ley, ya que la misma podía entenderse en sentido formal o, por contra, en sentido material; es decir, entender la ley como cualquier acto o documento, con independencia de su contenido normativo, que responda a ciertos requisitos de “forma”, en particular que emane del poder legislativo -ley en sentido formal-, o como cualquier acto o documento que, independientemente de su “forma”, del órgano del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza, exprese o contenga normas -ley en sentido material-.

El TEDH optó por la segunda posibilidad y, por tanto, por considerar que la injerencia debía estar prevista por la ley en un sentido material. Así, para poder materializar la injerencia quedaron incluidas tanto las disposiciones de rango inferior al legislativo, así como el derecho no escrito, tal y como el TEDH puso de manifiesto en las sentencias de los *casos Huvig vs. Francia* (punto 28) y *Kruslin vs. Francia* (punto 29), ambas de fecha 24 de abril de 1990; ahora bien, quedando -en principio- excluidas las disposiciones de mero carácter interno de la Administración -tales como, por ejemplo, las circulares-, las cuales únicamente podrían ser utilizadas para la averiguación de si al aplicar la norma correspondiente se había respetado debidamente el requisito de la previsión de la misma,³¹ en la medida de que fueran conocidas por los interesados. Esta inclusión del TEDH del derecho no escrito tiene una clara referencia a los sistemas anglosajones, ya que en los ordenamientos jurídicos continentales no resulta admisible la posibilidad de que normas no escritas habiliten la injerencia en un derecho fundamental, pues esa equiparación del término ley al derecho no escrito podría significar que la costumbre -por ejemplo- también debe ser entendida como un medio válido para regular la injerencia, lo cual considero debe rechazarse de plano.

³⁰ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: La reforma del art. 579 LECrim”, *Uned, Boletín de la Facultad de Derecho* n^o 27, Madrid, 2005, pp. 50 y ss.

³¹ STEDH *caso Silver y otros vs. Reino Unido*, de fecha 25 de marzo de 1983.

Dicho requisito de cobertura legal se deduce de forma tácita en la STEDH del *caso Klass y otros vs. Alemania*, de fecha 6 de septiembre de 1978, (punto 50) pues señalaba que “cualquiera que sea el sistema de vigilancia adoptado, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos”; en efecto, “esta apreciación reviste un carácter relativo: depende de todas las circunstancias que envuelven el caso, por ejemplo, la naturaleza, el alcance y la duración de las eventuales medidas, las razones requeridas para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizarlas ejecutarlas y controlarlas y el tipo de recursos previstos por el derecho.”

En cualquier caso, finalmente el requisito de cobertura legal se encuentra expresamente recogido en la sentencia del *caso Malone vs. Reino Unido*, de fecha 2 de agosto de 1984 (puntos 67 y 68), ya que en la misma el TEDH efectúa una clara distinción entre previsión en derecho interno y cobertura legal en sentido estricto, cuando señala que la frase “de conformidad con la ley” no se limita a remitirse a la legislación nacional, sino que también se refiere a la “calidad de la ley”, pidiendo que la misma sea compatible con el imperio de la ley. Ello implica la necesidad de existencia de medidas de protección jurídica en el Derecho interno de cada Estado frente a las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas con los derechos que son objeto de protección en el art. 8.1 CEDH. En ese sentido, “la exigencia de previsibilidad no puede significar que la persona debe estar en condiciones de prever cuándo las autoridades puedan intervenir las comunicaciones para que pueda adaptar su conducta en consecuencia”. Así, “la ley debe ser lo suficientemente clara en sus términos de dar a los ciudadanos una indicación suficiente de las circunstancias en las cuales y las condiciones en que las autoridades públicas están facultadas para recurrir a este secreto y potencialmente peligrosa interferencia con el derecho al respeto de la vida privada y correspondencia”. En consecuencia, “la ley debe indicar el alcance de dicho poder discrecional conferido a las autoridades competentes y las modalidades de su ejercicio con la suficiente claridad, teniendo en cuenta el objetivo legítimo de la medida en cuestión, para dar al individuo una protección adecuada contra las injerencias arbitrarias”. Por tanto, el art. 8.2 CEDH “no se limita a remitirse al derecho interno, sino que se refiere también a la calidad de la ley”, de lo que se infiere que “la ley debe ser compatible con la preeminencia del derecho”. Por consiguiente, el Derecho interno de los Estados debe ofrecer algún tipo de protección a los ciudadanos contra las posibles injerencias arbitrarias de los poderes públicos en los derechos que vienen garantizados en el art. 8.1 CEDH para que pueda hablarse de una real y efectiva compatibilidad de la ley con la preeminencia del derecho.

Por consiguiente, debe destacarse la idea de que la cobertura legal denote claridad, tal y como se recoge en las sentencias de los *casos Kruslin vs. Francia* y *Huvig vs. Francia*, cuando se señala que “la ley debe ser lo suficientemente clara para señalar a todos las circunstancias y condiciones en que autoriza a los poderes públicos a recurrir a una injerencia así, secreta y posiblemente peligrosa, en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia”;³² es decir, que si bien no podemos entender el requisito de cobertura legal como una exigencia de que los ciudadanos puedan saber cuándo van a ser intervenidas sus comunicaciones -lo cual vaciaría de contenido la finalidad que persigue la intervención-, la ley debe ser detallada, clara y precisa, con el objeto de que los mismos dispongan de protección frente a cualquier tipo de injerencia arbitraria por parte de los poderes públicos en su derecho al secreto de las comunicaciones.

Y es que la exigencia de claridad de la cobertura legal aparece íntimamente relacionada con la de la calidad de la ley –sentencia *caso Malone vs. Reino Unido*-, lo cual parece de suma importancia toda vez que el TEDH ha condenado a España en alguna sentencia -*caso Valenzuela Contreras vs. España*, de fecha 30 de julio de 1998 y *caso Prado Bugallo vs. España*, de 18 de febrero de 2003- en base a dichas exigencias, como se desarrollará más adelante.

2. En segundo lugar, debe hacerse mención de la necesidad de la medida: del tenor literal del art. 8.2 CEDH -como hemos visto-, se desprende que la injerencia en el secreto de las comunicaciones de los ciudadanos debe producirse cuando sea necesaria para la salvaguarda de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.

Así, la necesidad o no de la medida debe ser claramente determinada y, para ello, el TEDH utilizó el criterio de la proporcionalidad en las sentencias de los *casos Silver y otros vs. Reino Unido*, de fecha 25 de marzo de 1983, y *Schönenberger y Dumaz vs. Suiza*, de fecha 20 de junio de 1988, cuando afirmó que “para revestir un carácter necesario en una sociedad democrática, una injerencia debe basarse en una necesidad social imperiosa y, especialmente, ser

³² STEDH *casos Kruslin vs. Francia* -punto 30- y *Huvig vs. Francia* -punto 29-, ambas de 24 de abril de 1990.

proporcionada a la finalidad legítima perseguida.”,³³ dejando clara su postura el TEDH de que si bien los Estados son los que disfrutan de un cierto margen de apreciación respecto de la existencia y alcance de la necesidad de la medida, es al propio TEDH al que corresponde la decisión final de si se ha acertado con la compatibilidad entre dicha necesidad y la regulación que hace el CEDH. Por consiguiente, la última palabra respecto a la determinación de si el juez nacional ha apreciado bien o mal la necesidad de la injerencia, corresponde al TEDH, tal y como se pone de manifiesto en la sentencia del *caso Olsson vs. Suecia*, de fecha 24 de marzo de 1988.³⁴

3. En tercer lugar, ha sido objeto de debate la cuestión de la determinación de la autoridad competente para acordar la injerencia, polémica suscitada en torno a si ello debía ser competencia exclusiva de la autoridad judicial o, por el contrario, ese criterio no debía ser exclusivo y otra autoridad -con independencia de su naturaleza- podía ordenar la injerencia en el secreto de las comunicaciones. Y ello porque, de hecho, el redactado del art. 8 CEDH no contiene exigencia concreta de que la medida de intervención deba ser acordada por una autoridad judicial, sino tan solo que esté prevista por ley.

En esta cuestión, el TEDH sentenció que una intervención en el derecho al secreto de las comunicaciones puede ser decretada por una autoridad de naturaleza no jurisdiccional, siempre que se cumpliesen determinadas condiciones de imparcialidad, independencia y regularidad en el proceso, destacando que se asegurase, al menos como último recurso, un control eficaz de la situación por parte del poder judicial, que es quien en principio puede ofrecer las mejores condiciones mencionadas anteriormente, tal y como se puso de manifiesto en la sentencia del *caso Klass y otros vs. Alemania*, de fecha 6 de septiembre de 1978,³⁵ así como en la sentencia del *caso Malone vs. Reino Unido*, de fecha 2 de agosto de 1984 -puntos 67 y 68-, anteriormente citada, en un supuesto cuyo ordenamiento jurídico nacional no exige la intervención judicial.

³³ STEDH *casos Silver y otros vs. Reino Unido* -punto 97-, de fecha 25 de marzo de 1983 y *Schönenberger y Durmaz vs. Suiza* -punto 27-, de fecha 20 de junio de 1988.

³⁴ STEDH *caso Olsson vs. Suecia* -punto 67-, de fecha 24 de marzo de 1988.

³⁵ STEDH *caso Klass y otros vs. Alemania* -párrafo 55-, de fecha 6 de septiembre de 1978.

1.4) Naturaleza jurídica y objeto.

1.4.1) Delimitación del derecho al secreto de las comunicaciones.

El derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto concreta manifestación de la libertad de comunicación, y como en general suele suceder con la inmensa mayoría de los derechos de la personalidad, plantea también desde un inicio la cuestión de delimitar adecuadamente su propia naturaleza jurídica, toda vez que este derecho fundamental no constituye únicamente una garantía de la libertad individual, sino también de otros derechos y libertades claramente relacionados, tales como la propiedad, la libertad de opinión o, por ejemplo, el claro deber de confidencialidad de la asistencia letrada. De hecho, el TC ha considerado el secreto de las comunicaciones “no sólo garantía de libertad, sino como un instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo”.³⁶

En ese sentido, desde el punto de vista doctrinal, nos encontramos ante un tradicional derecho de la personalidad, el cual ha venido siendo conocido a lo largo de nuestro constitucionalismo histórico con la denominación de secreto de la correspondencia -concretado en el secreto postal-.³⁷ De la redacción del propio precepto podemos apreciar la problemática que encierra, que se amplía a una serie de cuestiones que ciertamente sobrepasan su configuración clásica, por lo que se puede hablar en este sentido de un auténtico derecho a la libertad de comunicación.³⁸

Respecto a su naturaleza jurídica, el bien constitucionalmente protegido parece ser la libertad de comunicación entendida en sentido amplio; es decir, con

³⁶ STC nº 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde, la cual se remite en su fundamentación jurídica a la STC nº 70/2002, de 3 de abril, FJ 9º, Ponente Magistrado D. Fernando Garrido Falla, y recuerda que el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente, así como que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación.

³⁷ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 27.

³⁸ Ver a este respecto el planteamiento que efectúa, desde un punto de vista civilista, FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., “Inviolabilidad y secreto de la correspondencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 39, Madrid, 1983, pp. 557 y ss.

independencia del medio técnico a través del cual se realice la comunicación,³⁹ pues se establece de ese modo una relación entre la libertad del individuo y el secreto de las comunicaciones; por tanto, constitucionalmente debe ser considerado como un derecho que se encuentra dentro de la clasificación de los llamados “derechos de la persona como ser libre”, y que debe ser apreciado como algo inherente a la autonomía personal y que va a garantizar a la persona un ámbito de intimidad y privacidad;⁴⁰ es decir, se trata de una garantía de uno de los aspectos esenciales de la vida privada.⁴¹

A su vez, el derecho al secreto de las comunicaciones aparece claramente ligado al derecho a la intimidad; de hecho, la jurisprudencia del TS los relaciona al afirmar que el secreto es una categoría jurídica estrecha y funcionalmente asociada a la de intimidad, “en una relación con la que opera como derecho fundamental-medio preordenado a la protección de las comunicaciones; debido, precisamente, a que éstas son el vehículo de contenidos inherentes al derecho fundamental-fin representado por la segunda. Mediante el blindaje constitucional del ámbito de las comunicaciones “técnicamente mediadas”, que resulta del art. 18.3 CE, se persigue asegurar el derecho a transmitir libremente el propio pensamiento y hacerlo llegar sin interferencias a quien, también libremente, se elija como destinatario”.⁴² Ello, no obstante, ha llevado a algunos sectores doctrinales a considerar que el derecho al secreto de las comunicaciones era una manifestación más del derecho a la intimidad;⁴³ a otros que debería ser tratado como un aspecto del propio derecho a la intimidad como bien jurídico autónomo,⁴⁴ con base en la idea de que el párrafo primero del art. 18 de la CE se refiere -de forma amplia- al contenido del derecho a la intimidad y, a continuación, los tres párrafos siguientes protegen los aspectos más vulnerables del mismo, cuales son la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la protección del honor y la propia imagen frente al uso de la

³⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 228.

⁴⁰ ZARAGOZA TEULER, V. A., “Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”, *Artículo doctrinal en www.noticias jurídicas.com*, julio 2003, pp. 1 y 2.

⁴¹ CASANOVA MARTÍ, R., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum* en homenaje a la profesora M^ª Victoria Berzosa Francos (Dir. PICÓ I JUNOY, J.), Bosch, Barcelona, 2013, pp. 543 y ss.

⁴² STS nº 130/2007, de 19 de febrero.

⁴³ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1992, p. 127; ROMERO COLOMA, A.M., *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Colex, Madrid, 1987, p. 58

⁴⁴ RODRIGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 23.

informática;⁴⁵ y a otros que el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad son derechos con distinto fundamento,⁴⁶ o derechos independientes entre sí,⁴⁷ ya que consideran que el art. 18.3 CE no protege el secreto en virtud del contenido de la comunicación, ni tiene nada que ver esta protección con el hecho - jurídicamente indiferente- de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la privacidad, ya que toda comunicación es secreta para la norma fundamental, aunque sólo algunas sean de carácter íntimo.⁴⁸

Por su parte, el TC ha admitido la relación existente entre ambos derechos - secreto de las comunicaciones e intimidad-, si bien señaló que “no puede desconocerse que el primero posee un contenido más amplio, toda vez que garantiza a los interlocutores o comunicantes una protección que se proyecta sobre el proceso de comunicación mismo con independencia de que el contenido del mensaje transmitido pertenezca o no al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”.⁴⁹

Del mismo modo, es evidente su conexión directa con el principio fundamental de la libertad, pues parece pacífico sostener -ya que cuesta imaginarlo de otro modo- que el secreto de las comunicaciones debe garantizarse para que las mismas puedan realizarse con dicha libertad.⁵⁰

En ese sentido, parece que la ubicación sistemática de la garantía del derecho al secreto de las comunicaciones que encontramos entre los apartados del art. 18 de nuestro texto constitucional responde a una clara motivación: entroncar el derecho, y su correlato, la libertad de comunicaciones -a la cual sirve de instrumento de garantía-, dentro del concepto amplio de protección de la privacidad, pero no por

⁴⁵ LOPEZ ORTEGA J.J., “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez”, en *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Cuadernos de Derecho Judicial nº 22*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 277 a 281.

⁴⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista de Derecho Constitucional nº 20*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 40 y ss.

⁴⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Thomson Aranzadi, Navarra, 2012, p. 1542.

⁴⁸ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, *Revista del Ministerio Fiscal nº 1*, Madrid, 1995, p. 124.

⁴⁹ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

⁵⁰ DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, p. 268.

ello debemos entender que el listado de derechos que vienen recogidos en el mencionado precepto -honor, intimidad personal y familiar, propia imagen, inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, así como la protección de datos de carácter personal- respondan a una misma naturaleza y finalidad jurídicas. De hecho, como señala la doctrina, podría entenderse que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones que garantiza el art. 18.3 CE tiene como finalidad primordial la de servir de baluarte de la amplia esfera de la privacidad, de los derechos que giran en torno al respeto de nuestra vida privada, pero ello no significa que no pueda responder a otra finalidad concreta, que no es otra que la libre circulación de sentimientos, ideas, pensamientos u opiniones a través de las redes de comunicaciones, y a su vez actúe a través de un mecanismo de protección que se abstrae de aquel contenido concreto que hay detrás de las mismas.⁵¹

A la vista de lo anterior, la doctrina más reciente ha definido el derecho al secreto de las comunicaciones como “un derecho fundamental que permite que una persona pueda comunicarse libremente con otra a través de un medio de comunicación cerrado, y sin que sea conocido el contenido de la comunicación por terceros ajenos a la misma”.⁵² Esta afirmación es adecuada toda vez que incorpora el criterio jurisprudencial recientemente adoptado por el TC en lo referente a que el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados “medios o canales cerrados”.⁵³

1.4.2) Notas características del derecho.

En el derecho al secreto de las comunicaciones -de conformidad con la doctrina científica- se aprecian una de serie de notas propias e inherentes al mismo; se destaca, del mismo modo, que su redactado es escueto, ya que no contempla todos los extremos que debería *lege ferenda*, y por consiguiente da una impresión reduccionista.⁵⁴

⁵¹ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2011, p. 205.

⁵² CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 47.

⁵³ STC nº 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Andrés Ollero Tassara.

⁵⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 85.

1. En primer lugar, se indica que se trata de un derecho público de carácter subjetivo, al tener que ser considerada su exigibilidad ante los poderes públicos, los cuales deberán amparar la situación objetiva de libertad que el derecho está reconociendo.⁵⁵ Y es que, por la situación que tiene este derecho en el texto constitucional -como derecho fundamental-, de conformidad con el art. 81.1 CE su desarrollo legal deberá hacerse por Ley Orgánica; así como por su carácter de derecho público subjetivo, el contenido de su regulación legislativa debe consistir en prever los supuestos y procedimientos de la intervención judicial, respetando siempre el contenido esencial del derecho.

2. En segundo lugar, es un derecho de carácter formal, tal y como pone de manifiesto nuestro TC -la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial- “en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido, y pertenezca o no al contenido de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”.⁵⁶ Ese carácter formal permite diferenciarlo del derecho a la intimidad, pues el secreto se refiere a lo comunicado “sea lo que sea”; por el contrario, el derecho a la intimidad tendría un carácter eminentemente material, dependiendo de que el contenido de lo que se esté comunicando afecte o no al ámbito de la intimidad -ex art. 18.1 CE, el cual garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen-; es decir, que desde el punto de vista del derecho a la intimidad, los comunicantes no son absolutamente libres de hacer el uso que estimen conveniente del mensaje, ya que si bien no sería actitud contraria al art. 18.3 de la CE, sí podría serlo al art. 18.1 de la misma, en virtud del contenido mismo del mensaje.⁵⁷

No obstante, dicho lo anterior parece necesario señalar una nueva línea conceptual que está poniendo de manifiesto la doctrina más especializada: si bien la visión clásica de tal institución constitucional concebía el derecho al secreto de las comunicaciones como una infranqueable barrera de carácter formal -que aparenta ser un absoluto jurídico- que únicamente tenía como excepciones el consentimiento

⁵⁵ ZARAGOZA TEULER, V. A., “Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales”, *Artículo doctrinal en www.noticias jurídicas.com*, julio 2003, p. 2.

⁵⁶ STC nº 114/84, de 29 de noviembre, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. En esta línea recuerda FERNÁNDEZ SEGADO, F., op. cit., p. 229: “Como al efecto ha dicho nuestro supremo intérprete de la Constitución, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros (públicos o privados, pues el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma.

⁵⁷ ASECIO MELLADO, J. M., “La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms* nº 1, 1985, p. 295.

del titular del derecho -que abarcaba, lógicamente a los interlocutores o a aquellos a los que dicho titular hacía voluntariamente partícipes-, o la decisión judicial de injerencia o desvelo en alguno de los supuestos previstos por una concreta norma habilitante, dicha barrera formal del secreto de las comunicaciones en realidad depende de que los individuos se comporten como tal; es decir, nos hace a los individuos partícipes de cómo y bajo qué circunstancias queremos que se nos respete en el normal ejercicio de nuestra libertad de comunicaciones así como del secreto que la protege y potencia; ello consiste en lo que ha venido a denominarse como poder de exclusión.⁵⁸ Dicha penetración de la denominada doctrina de la expectativa razonable de privacidad tiene su base jurisprudencial con la STC nº 241/2012, de 17 de diciembre y la STC nº 170/2013, de 7 de octubre, las cuales redimensionan el principio del poder de exclusión como delimitador a nivel del individuo de aquellas de entre sus comunicaciones que pudieran considerarse amparadas por el secreto de las comunicaciones e incluso relacionando la mencionada expectativa razonable de privacidad en el ámbito -no sólo de la privacidad- del secreto de las comunicaciones.⁵⁹ Acogemos esta tesis doctrinal pues, aún a riesgo de provocar una auténtica grieta en el muro de la protección formal del derecho al secreto de las comunicaciones, parece lógico sostener que en tanto en cuanto hagamos conscientemente vulnerables nuestras comunicaciones al conocimiento ajeno, dejaremos de estar protegidos por dicho secreto de nuestras comunicaciones.

En definitiva, son los individuos quienes marcan las fronteras de aquello que pretendemos mantener preservado del conocimiento ajeno; así, para interpretar cuándo y bajo qué circunstancias quieren ser protegidos por el manto protector del secreto de las comunicaciones, ha de acudirse no solo a la voluntad expresa de los mismos, sino también a un juicio de valor sobre si, como consecuencia de su actitud y circunstancias en las que, dentro de las posibilidades tecnológicas a su alcance y capacidad de uso, emiten, comparten y conservan contenidos y rastro de sus comunicaciones, puede inferirse o no el ejercicio de tal poder de exclusión. Por consiguiente, si el secreto de las comunicaciones está diseñado tanto para defender su libertad de comunicaciones como para garantizar otros derechos que se

⁵⁸ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016, pp. 53 y ss.

⁵⁹ STC nº 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Juan José González Rivas, con voto particular que formula el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere la Magistrada Dª Adela Asúa Batarrita, y STC nº 170/2013, de 7 de octubre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Andrés Ollero Tassara.

encuentran detrás de su manto protector, es evidente que son ellos -exclusivamente- quienes igualmente podrán disponer del mismo; cuándo y de qué modo pasan a ser cuestiones de matices o de simple interpretación de su voluntad expresa o presunta.

3. A su vez, ostenta un carácter de derecho autónomo,⁶⁰ puesto que el derecho al secreto de las comunicaciones adquiere un significado propio -separado del derecho a la intimidad- ya que se aprecia su condición de no formar parte de otro derecho fundamental, aún aceptando su conexión con otros valores como la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad; su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones, en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación.⁶¹

4. Finalmente, debe destacarse el carácter de derecho relativo que posee el secreto de las comunicaciones, lo cual se infiere de la dicción misma del art. 18.3 de la CE *in fine*, que prevé expresamente su limitación mediante resolución judicial, lo cual permite desvelar, levantar o conocer el secreto, por lo que se considera legítima la injerencia en este caso en el derecho fundamental; es decir, el derecho al secreto de las comunicaciones no es absoluto, dado que la prevención y punición del delito constituye un interés constitucionalmente legítimo que justifica la limitación del mismo.⁶²

1.4.3) Objeto del derecho al secreto de las comunicaciones.

En cuanto a su objeto, parece ser la confidencialidad tanto del proceso de comunicación mismo como del contenido de lo comunicado, de tal forma que toda comunicación es para la norma fundamental secreta aunque sólo algunas sean realmente de carácter íntimo,⁶³ pues nótese que el constituyente no ha querido proteger exclusivamente el secreto de las comunicaciones que podríamos denominar “íntimas”, sino más bien cualquier clase o tipo de comunicación, con

⁶⁰ ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p.16, cita al clásico artículo en la materia de JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista de Derecho Constitucional nº 20*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 35 y ss.

⁶¹ STC nº 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

⁶² STS nº 644/2012, de 18 de julio y STS nº 503/2013, de 19 de junio.

⁶³ STC nº 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

independencia de su contenido.⁶⁴ Por consiguiente, lo que merece protección es el proceso de comunicación entre los sujetos emisores y receptores de las comunicaciones, entre ellos frente a las posibles intromisiones de terceros, y no existe, por ende, secreto de las comunicaciones entre quienes mantienen o son destinatarios de una comunicación telefónica. El carácter o protección formal del secreto de las comunicaciones actúa como salvaguarda o garantía a ultranza de la invulnerabilidad de nuestras conversaciones frente a terceros -sean públicos o privados, pues posee eficacia *erga omnes*-, todo ello salvo la correspondiente autorización debidamente motivada y en supuestos previstos legalmente, tal y como veremos más adelante.

De lo cual se desprende que, a través de la imposición a todos del secreto, el bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones.⁶⁵ Con ello, se persigue asegurar el derecho a transmitir libremente el propio pensamiento y hacerlo llegar sin interferencias a quien, también libremente, se elija como destinatario,⁶⁶ por lo que, a los efectos de la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones, lo decisivo no es el contenido de la información, sino el hecho de que un tercero, sin autorización de los sujetos de la comunicación, intervenga o revele su contenido; es decir, adquiere notoria relevancia que las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido.⁶⁷

1.5) El concepto de secreto y de comunicación en las intervenciones telefónicas.

En cuanto a la delimitación conceptual de lo que es un secreto en sede de intervenciones telefónicas, nuestro ordenamiento jurídico no nos facilita una definición concreta de orden legislativo, al margen de la propia definición del

⁶⁴ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 31, quien explica que lo expuesto otorga una dimensión formal al derecho que se contrapone con la dimensión material de la intimidad, en la línea de lo manifestado por LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 22.

⁶⁵ STC nº 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

⁶⁶ STS nº 130/2007, de 19 de febrero.

⁶⁷ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Luis Díez- Picazo y Ponce de León.

vocablo,⁶⁸ por lo que se ha de acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales existentes en la materia para poder dar luz a la cuestión.

En ese sentido, la antes mencionada STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, se manifestó en el sentido de que “el secreto 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”.⁶⁹ De lo que se desprende que no todo acto de comunicación necesariamente es íntimo, pero sí secreto, por lo que la protección constitucional se extiende al propio proceso de comunicación,⁷⁰ al margen de la posibilidad de que exista secreto entre el emisor y el receptor de la comunicación, cosa que no ocurre toda vez que lo que se garantiza es el hecho de que un tercero no pueda tener entrada en el proceso comunicativo.⁷¹

Del mismo modo, la STC nº 70/2002, de 3 de abril, continúa dicha línea jurisprudencial,⁷² ya que señala que “el concepto de secreto no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como la identidad subjetiva de los interlocutores, y se garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros, ajenos a la comunicación misma, pues el derecho posee eficacia *erga omnes*”; por tanto, la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para la configuración del ilícito constitucional. Así, dicha sentencia efectúa un apunte final de gran importancia, pues concreta que “el concepto de lo secreto tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su

⁶⁸ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, XXII Edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 2036, nos permite destacar de entre sus diversas acepciones, las de “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”, así como la de “oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás”.

⁶⁹ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Luis Díez- Picazo y Ponce de León.

⁷⁰ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, pp. 24 y 25.

⁷¹ MARCO URGELL, A., “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)”, *Trabajo de Investigación de Doctorado*, www.recercat.net/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universidad de Autónoma de Barcelona, 2008, p. 57, donde la autora recuerda que al no existir entre las partes un deber de reserva de lo comunicado, nada impide que uno de los interlocutores pueda retener (grabar) el contenido de una conversación, e incluso mostrarla a un tercero, si bien el deber de reserva únicamente podría venir impuesto por el derecho a la intimidad que reconoce nuestro artículo 18.1 del texto constitucional. Fecha última consulta 2 de febrero de 2017.

⁷² En la línea de lo expuesto también por la STC nº 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende.

contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”.

En este aspecto, no podemos dejar de hacer mención que estas resoluciones del TC se hacen eco del pronunciamiento que hizo el TEDH en su Sentencia del *caso Malone vs. Reino Unido*, de fecha 2 de agosto de 1984, la cual ya efectuó expreso reconocimiento de la posibilidad de que el art. 8 CEDH hubiera podido resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado “*comptage*”, permite registrar cuáles han sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

En cuanto a la delimitación conceptual de lo que es una comunicación en sede de intervenciones telefónicas, nuestro ordenamiento jurídico facilitó una definición concreta de orden legislativo con la aprobación y entrada en vigor del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios⁷³, en el cual se maneja un concepto de comunicación electrónica como parte integrante de un todo: las telecomunicaciones.

Así, el citado RD define la comunicación como “cualquier información intercambiada o conducida entre un número finito de interesados por medio de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público. No se incluye en la presente definición la información conducida, como parte de un servicio de radiodifusión al público, a través de una red de comunicaciones electrónicas, excepto en la medida en que la información pueda relacionarse con el abonado o usuario identificable que reciba la información.”⁷⁴

En nuestra opinión, hubiera sido de agradecer que la definición de “comunicación” fuese regulada en una norma superior dentro de la jerarquía normativa, dada su importancia. Posteriormente, el TC efectuó una interpretación jurisprudencial cuando señaló que “la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”,⁷⁵

⁷³ RD nº 424/2005, de 15 de abril.

⁷⁴ Art. 64.c)

⁷⁵ STC nº 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

Del mismo modo, parece pacífico entre la doctrina sostener que la evidente modernización de la tecnología que se utiliza para efectuar los actos de comunicación, en permanente mejora y superación, supone que dentro del término debemos entender como incluidos todos los medios de comunicación existentes en la actualidad, así como los que aparezcan en el futuro, ya que la interpretación correcta que debe hacerse del art. 18.3 del texto constitucional -recordemos que habla de comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas- debe predicarse de todo tipo de comunicación independientemente del soporte que se utilice, mientras se mantenga al margen a los terceros de la comunicación; es decir, que conforme dicha comunicación como un canal cerrado.⁷⁶ Así, la comunicación amparada por nuestra Carta Magna es la realizada sin publicidad, la que por su propia naturaleza no es susceptible de ser conocida por terceros.⁷⁷

En cualquier caso, debe señalarse que la modernización de los medios tecnológicos supone una expansión de la comunicación y su secreto; en ese sentido, el TC, en un recurso de amparo motivado por la interpretación que debía darse al art. 497 bis del CP, según reforma efectuada por la LO nº 7/1984, de 15 de octubre - que sólo contemplaba las comunicaciones telefónicas a través de cable, pero no las inalámbricas- ya había señalado que el uso de teléfonos móviles para la comunicación, en la actualidad los más utilizados, debe ser enmarcado dentro de las comunicaciones telefónicas, sin que por ello se hubiese producido vulneración alguna del principio de legalidad.⁷⁸

Por consiguiente, es destacable esa *vis* expansiva de la comunicación y su secreto, idea que se refleja en la anteriormente mencionada STC nº 70/2002, de 3 de abril, que expresamente recogió que ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE.

⁷⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 96.

⁷⁷ MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, p. 46.

⁷⁸ STC nº 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende.

1.6) Sujetos de la intervención.

En cuanto al problema que puede plantear delimitar quiénes pueden ser los sujetos titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, de conformidad con la jurisprudencia del TS, son cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera, ya que estableció que “la CE garantiza en su art. 18.3 el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, y la medida que nos ocupa incide sobre dicho derecho fundamental de que son titulares las personas físicas y las jurídicas tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad (...);⁷⁹ es decir, con este derecho se protege a cualquier tipo de persona de las injerencias que se puedan sufrir por parte del poder público.⁸⁰

Por ello, la titularidad del derecho por personas físicas, sean nacionales o extranjeros, se deriva del propio carácter del derecho, íntimamente vinculado a la persona, sin que, en consecuencia, sea posible establecer diferencias en función de la nacionalidad. En ese sentido, con anterioridad a la resolución citada del TS, el TC ya había interpretado el art. 13.1 CE -en referencia a la correcta delimitación de las libertades públicas de que gozan los extranjeros en España- al señalar que: “esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”.⁸¹

Los menores también son titulares del derecho a todos los efectos, ya que gozan como personas físicas de los derechos fundamentales que ostenta toda

⁷⁹ STS nº 442/1995, de 20 de febrero.

⁸⁰ ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p.19.

⁸¹ STC nº 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Francisco Rubio Llorente.

persona, tal y como ha señalado el TS,⁸² así como por el expreso reconocimiento que efectúa el art. 4 de la LO nº 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor,⁸³ encomendando a padres, tutores, autoridades y, en especial, al Ministerio Fiscal su debida tutela.

Existe un interesante debate doctrinal en la materia, referente a si existe una posible limitación en el derecho al secreto de las comunicaciones de los menores de edad al estar sometidos a la potestad o tutela de sus padres o tutores; por una parte, algunos autores consideran que deben permitirse las intervenciones de las comunicaciones de los menores por parte de sus padres o tutores con objeto de salvaguardar adecuadamente su educación,⁸⁴ encontrando amparo argumental en el propio texto constitucional,⁸⁵ el cual establece el principio de protección de los hijos y regula un mandato a los padres relativo a que deben prestar asistencia de todo orden a sus hijos menores, por lo que si está plenamente justificada la intromisión de los padres en las comunicaciones de sus hijos menores, ésta será del todo válida; en diferente sentido, otro sector doctrinal considera que los derechos relativos a la privacidad -entre los cuales se encuentra el derecho al secreto de las comunicaciones- son personales al margen de la edad del sujeto, de lo cual se desprende que si un menor está amparado por el secreto de las comunicaciones, no precisa de una capacidad de obrar específica para su protección;⁸⁶ ahora bien, el ejercicio de la patria potestad es una causa de justificación cuando los medios son proporcionados y necesarios, siempre que el fin sea la salvaguardia del correcto e integral desarrollo del menor; es decir, que es eficaz el derecho de corrección como causa de justificación, tal y como recoge recientemente el TS cuando estima ajustado a derecho el acceso de la madre a la cuenta de Facebook de su hija menor de edad, respecto de cuya implicación como víctima en un delito de abusos sexuales

⁸² STS nº 579/1998, de 22 de abril; Cfr. MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, p. 69 y ss., por su análisis sobre las relaciones paterno-filiales.

⁸³ Dicho artículo les otorga a los menores reconocimiento expreso de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. A su vez, ello comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar, de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

⁸⁴ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., "El derecho al secreto de las comunicaciones", en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, Madrid, 1998, p. 186; idéntica posición sostiene CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 128.

⁸⁵ Arts. 39.2 y 39.3 CE.

⁸⁶ RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis, "Sobre la dimensión privada y familiar del derecho al secreto de las comunicaciones", *Diario La Ley nº 7598*, Madrid, 2011, p.6.

tenía indicios, hasta el punto que considera lícita la prueba derivada de este acceso: “Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor. Es ella quien accede a esa cuenta ante signos claros de que se estaba desarrollando una actividad presuntamente criminal en la que no cabía excluir la victimización de su hija. No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección”.⁸⁷ En nuestra opinión, destacamos la conveniencia de una regulación específica en la materia de modo que cuando ocurran casos como el anteriormente citado sea la norma la que regule esta situación y se evite, de ese modo, la judicialización de asuntos para la valorar si ha existido causa de justificación que elimine la antijuricidad de la acción tornándola lícita.

También los incapaces son plenamente titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien, en el caso de existir alguna declaración judicial de incapacidad, dicha resolución puede suponer un límite al ejercicio del mismo, como lógicamente se desprende la propia CE, ya que los poderes públicos deben amparar adecuadamente los derechos fundamentales de estas personas, a través de la realización de políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las mismas, para prestar la atención especializada que requieran y otorgándoles especial amparo.⁸⁸

Por otra parte, las personas jurídicas también son titulares del derecho, ya que si bien en nuestra Carta Magna no encontramos algún precepto similar al art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn⁸⁹, el TS -como hemos visto- y el TC han reconocido “la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado (...) siempre que se trate, como es obvio, de derechos que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”,⁹⁰ manifestándose en similar sentido la doctrina más especializada⁹¹, al considerar el art. 18.3 de la CE

⁸⁷ STS nº 864/2015, de 10 de diciembre, citada por PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 190.

⁸⁸ Art. 49 CE.

⁸⁹ “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas”.

⁹⁰ STC nº 64/1988, de 12 de abril, FJ 1º, Ponente Magistrado D. Luis Díez- Picazo y Ponce de León.

⁹¹ ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p.19.

como un derecho de contenido formal y no material; es decir, no necesariamente vinculado a la intimidad, lo que hace más fácil atribuirles la titularidad del derecho.

2. La intervención telefónica en España.

2.1) Concepto y naturaleza jurídica.

Para delimitar correctamente la cuestión, inicialmente debemos definir qué se entiende por intervención telefónica. En ese sentido, no encontramos disposición normativa que recoja expresamente el concepto; por ello, han tenido que ser la doctrina científica y la jurisprudencia de nuestros tribunales quienes se han posicionado en aras a conceptualizar el término.

Para la doctrina científica, las intervenciones telefónicas se pueden definir como “aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano judicial competente, frente a un imputado, u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”.⁹²

Otros autores -en muy similares términos- conciben la intervención telefónica como “todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez de instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad 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 a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor”.⁹³

⁹² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p.12.

⁹³ GIMENO SENDRA, V., *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, La ley, Tomo II, Madrid, 1996, p. 1618, en cuya línea se posicionan PAZ RUBIO, J.M^a., MENDOZA MUÑOZ, J., OLLÉ SESÉ, M. y RODRÍGUEZ MORICHE, R. M^a., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999, p. 209; FERNÁNDEZ ESPINAR, G., “El levantamiento del secreto de las comunicaciones

Una cuestión de interés planteada, tras el análisis del art. 579 LECrim. anterior a la reforma llevada a cabo por la LO nº 13/2015 de 5 de octubre, es la mención indistinta de los términos “intervención” y “observación” -párrafos 2º y 3º del citado art.-. En ese sentido, un sector doctrinal advierte algunas diferencias: por una parte, la intervención se refiere en exclusiva a las comunicaciones telefónicas y a una persona procesada; por otra parte, la observación puede acordarse sobre las comunicaciones telefónicas pero, a su vez, también sobre las postales o telegráficas respecto de personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal.⁹⁴ Otro sector doctrinal considera que dicha diferencia en los términos utilizados por el legislador constituyen expresiones de carácter no jurídico, por lo que no debe efectuarse una interpretación literal de dichos términos ya que su significado vulgar no permite fundamentar conclusión alguna.⁹⁵

En nuestra opinión, desde el momento en que el legislador utilizó diferentes términos -que indudablemente no son sinónimos, y que si fue un error debió subsanarse- parece loable sostener que “intervención” y “observación” se refieren a diferente grado de injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En pleno debate doctrinal, fue la jurisprudencia de nuestros tribunales la que, utilizando palabras del propio TS, señaló que “las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio (...)”, para continuar señalando ya lo que podemos entender como intervención telefónica, cuando fija el criterio de que “(...) pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del proceso penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su

telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Revista Poder Judicial* nº 32, Madrid, 1993, p. 19.

⁹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Thomson Aranzadi, Navarra, 2012, p. 1579 y ss, donde además el autor sostiene que la intervención supone un apoderamiento del contenido de las conversaciones telefónicas, es decir, conocerlas; mientras que la observación consiste en tomar conocimiento del destino de la comunicación.

⁹⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p.46 y ss. En la misma línea doctrinal, MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 19 y ss.

caso, de determinados elementos probatorios”.⁹⁶ Como se ha dicho, para dicha intervención telefónica, se encuentra bajo tutela judicial no sólo la tradicional telefonía por hilos, sino también otras modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas.⁹⁷

Por consiguiente, la intervención telefónica es un medio que se utiliza en la fase de instrucción de un procedimiento penal, y que tiene como objeto o finalidad investigar a una determinada persona o personas presuntamente autoras o bien que se comunican con el autor o autores de un presunto delito, a través de la intervención y escucha de sus comunicaciones telefónicas. Como es lógico, la finalidad última de la intervención telefónica no son las escuchas derivadas de la misma, sino que a través de ellas se investiga la posible comisión de un delito o delitos, así como la determinación de su presunto autor, autores o colaboradores, y pueden ser éstas utilizadas posteriormente como medio probatorio para su aportación al proceso penal,⁹⁸ de lo que se desprende que las finalidades de las intervenciones telefónicas son dos: como acto de investigación y como medio de prueba.

Del mismo modo que ocurría con la conceptualización del término “intervención telefónica”, también se ha producido cierto debate doctrinal respecto a la naturaleza jurídica de dicha medida de intervención. En esa línea, se ha señalado que para delimitar la naturaleza jurídica de esta medida de restricción o limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, debemos fijarnos tanto en su contenido como en sus funciones, toda vez que la intervención telefónica cumple dos funciones principales al desempeñar una función desde la óptica probatoria y una importante función investigadora.⁹⁹

⁹⁶ STS n° 1889/1994, de 31 de octubre, cuya denominación continúa recogiendo posteriormente en las STS n° 246/1995, de 20 de febrero y STS n° 711/1996, de 19 de octubre.

⁹⁷ STS n° 137/1999, de 8 de febrero, en la línea de lo ya manifestado por la STC n° 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende.

⁹⁸ JAUCHEN, E., *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 184, recuerda que dicha finalidad probatoria implica que por el órgano jurisdiccional se hayan “interferido” las llamadas telefónicas.

⁹⁹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, op. cit., pp.14 y ss., en dicho estudio califica la intervención no como un medio de prueba en sí mismo, sino una fuente de prueba, pues la intervención de las comunicaciones como actividad de carácter técnico en sí misma no constituye actividad probatoria alguna, sino en todo caso será el contenido de las conversaciones grabadas lo que podrá constituirse como elemento de prueba.

En ese sentido, el TS manifestó que la intervención telefónica puede tener una doble naturaleza en el proceso penal, pues puede servir de fuente de investigación de delitos, orientando la encuesta policial, o puede ella misma utilizarse como medio de prueba, en cuyo caso ha de reunir las condiciones de certeza y credibilidad que sólo queda garantizado con el respeto a las leyes procesales, siendo especialmente importante el proceso de introducción de las intervenciones en la causa penal y su conversión en prueba de cargo.¹⁰⁰

2.2) Regulación de las intervenciones telefónicas.

2.2.1) Tras la entrada en vigor de la CE.

En el ordenamiento jurídico español, el marco a partir del cual se explica la regulación de las intervenciones telefónicas tiene una primera cita obligada, que es nuestra Carta Magna, la cual -tal y como hemos visto con anterioridad- garantiza en su art. 18.3 la “inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial”. Ahora bien, mención especial debe hacerse de la excepción que el propio texto constitucional hace respecto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, para supuestos en los que se suspenden las libertades públicas y los derechos fundamentales. En concreto, el art. 55 CE hace mención expresa a esta posibilidad distinguiendo claramente dos supuestos: en primer lugar, el apartado 1º del art. 55 permite la suspensión de dicho derecho fundamental en los casos de declaración de estado de excepción o de sitio; a su vez, el apartado 2º de dicho artículo posibilita dicha suspensión respecto de personas determinadas que se encuentren relacionadas con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Del mismo modo, junto a esta norma de carácter constitucional, anteriormente hemos visto la existencia de determinadas normas de carácter internacional -art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales- las cuales, en virtud del contenido integrador de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales que ostentan los Pactos Internacionales de Derechos Humanos -en atención a lo expuesto en los arts. 10.2 (“Las normas relativas a los derechos

¹⁰⁰ STS nº 511/1999, de 24 de marzo.

fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”) y 96.1 (“Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”) de nuestra Constitución- son de aplicación en nuestro país, como debe ocurrir igualmente con todas las que tutelan los derechos fundamentales, por lo que dicho art. 18.3 CE debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 del CEDH, así como de su órgano jurisdiccional de aplicación, esto es, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TEDH.

En ese sentido, desde la entrada en vigor del texto constitucional hasta el año 1988, en el ordenamiento jurídico procesal español no existía disposición normativa alguna que regulase o permitiese, de modo directo, la intervención de las conversaciones telefónicas, puesto que el art. 579 de la LECrim. únicamente hacía referencia a la correspondencia privada, postal y telegráfica (“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”), es decir, a la correspondencia escrita, ya que nuestra normativa procesal databa del año 1882.

Ahora bien, si antes de la entrada en vigor de la LO n.º 4/1988, de 25 de mayo -de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que más adelante analizaremos- no existía en nuestro ordenamiento jurídico más referencia a las escuchas telefónicas que la mención constitucional, el criterio jurisprudencial que pasó a desarrollarse por parte de los tribunales fue el de determinar la posible validez probatoria de las intervenciones telefónicas efectuadas por la existencia del texto constitucional; es decir, existía un criterio de suficiencia constitucional para efectuar las intervenciones telefónicas. Así, la base de dicho criterio jurisprudencial por parte de los tribunales era la idea de que la Constitución no es un mero catálogo de principios vinculantes y de no inmediato cumplimiento hasta que fueran objeto de desarrollo por vía legal sino que, por el contrario, constituyen una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento y, en cuanto tal, tanto los ciudadanos

como todos los poderes públicos están sujetos a ella,¹⁰¹ de lo que se desprendía que la mera existencia del art. 18.3 CE en nuestro ordenamiento jurídico debía ser considerada como suficiente para que los jueces pudieran autorizar la medida de injerencia en el secreto de las comunicaciones.¹⁰²

A su vez, la ausencia de regulación procesal expresa se veía colmada en los tribunales, tanto por la interpretación analógica del art. 579 y siguientes de la LECrim., como por el desarrollo a partir de sendos artículos del antiguo CP de 1973, referidos a la interceptación telefónica. Concretamente se trataba de los arts. 192 bis (“La autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del art. 55.2 CE, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta”) y 497 bis (“El que para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Si divulgare lo descubierto incurrirá en penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas”) -ambos incorporados de conformidad con la aprobación y entrada en vigor de la LO nº 7/1984, de 15 de octubre-, reguladores de las escuchas telefónicas clandestinas y que supusieron, a nivel de legalidad ordinaria, la incorporación de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento sustantivo.

Ello conllevó que, junto a ese criterio de suficiencia constitucional apuntado, los tribunales considerasen que esos preceptos recogidos en el CP vigente en aquel momento podía actuar como norma legal habilitante para poder fundamentar la legalidad de una intervención de las comunicaciones telefónicas en modo conforme a las exigencias que requería el art. 8 del CEDH, otorgando valor probatorio a las

¹⁰¹ A modo de ejemplo, STC nº 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Luis Díez- Picazo y Ponce de León; STC nº 53/1985, de 11 de abril, FJ 3º, Ponentes Magistrados Dª. Gloria Begué Cantón y D. Rafael Gómez-Ferrer Morant y STC nº 252/1993, de 20 de julio, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

¹⁰² STC nº 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Luis Díez- Picazo y Ponce de León, donde se recoge que “La Constitución es una norma de ejecución y de efectos inmediatos(...) Por consiguiente la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, de la misma manera que ocurre en el apartado 3 del artículo 18, donde se inviste a los jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones.”

intervenciones telefónicas, si bien se efectuaba un reconocimiento de que sería positiva una nueva regulación que regulase la materia.¹⁰³

Como es lógico, las críticas doctrinales a esta situación estaban muy extendidas, pues si el único requisito para limitar o suspender el derecho al secreto de las comunicaciones se reducía a una simple resolución judicial no amparada por una ley previa que delimitase específicamente los supuestos, condiciones y circunstancias en que debían acordarse las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas, se estaba abriendo un enorme portal al abuso e, incluso, en determinados casos a la arbitrariedad, con la manifiesta inseguridad jurídica que ello suponía.¹⁰⁴

Obviamente, parecía necesaria una nueva ordenación normativa de la cuestión, pues era importante que los jueces pudieran dictar sus resoluciones amparándose en una norma previa que fijase sus competencias y que delimitase los supuestos en los que pueden acodar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, puesto que los jueces sólo son garantes de la libertad cuando deciden *secundum legem*, es decir, motivando su resolución en la decisión previa del legislador.¹⁰⁵ Esto llevó a sostener por parte de algún sector doctrinal la idea de que las intervenciones telefónicas que hubiesen sido acordadas en procedimientos penales tras la entrada en vigor del texto constitucional, hasta la modificación del art. 579 LECrim., efectuada el año 1988, debían ser declaradas nulas de pleno derecho¹⁰⁶ y que, como se ha apuntado, el contenido del art. 18.3 CE era del todo insuficiente para acordar la medida limitativa del derecho fundamental al secreto de

¹⁰³ A modo de ejemplo, STS nº 283/1988, de 5 de febrero, cuando señaló que: “Las comunicaciones telefónicas no están efectivamente incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por razón de la antigüedad de ésta, pero han sido objeto de regulación en los artículos 1 a 2 bis y 487 bis del Código y en la LO nº 9/1984, de 26 de diciembre, sobre Bandas Armadas (artículos 17 y 18). Es verdad también que no hay normas específicas sobre los criterios a seguir y los requisitos exigibles, pero ello afecta a sus prácticas como se anticipó, aunque sería altamente positiva una regulación sobre su forma de realizarse...”.

¹⁰⁴ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, *Revista del Ministerio Fiscal* nº 1, Madrid, 1995, pp. 125 y 126.

¹⁰⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1986, p. 8 y ss.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Colex, Madrid, 1997, pp. 403 y 404.

las comunicaciones, por lo que era indispensable el desarrollo normativo que concretase y determinara los límites de actuación en la aplicación de la medida.¹⁰⁷

En definitiva, desde la óptica doctrinal, la normativa existente en aquel momento en nuestro ordenamiento jurídico era del todo insuficiente para ordenar una intervención telefónica que supusiera una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que era deseable una nueva regulación en la materia que diera encaje y permitiera dar validez a la injerencia, postura que consideramos claramente adecuada.

2.2.2) La Reforma de la LO nº 4/1988, de 25 de mayo.

El desarrollo del precepto constitucional recogido en el art. 18.3 tuvo lugar con la reforma del art. 579 de la LECRim., según redacción efectuada por la LO nº 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -BOE de 26 de mayo de 1988-, que supuso la incorporación, a nivel de legalidad ordinaria, de las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento procesal.

Como consecuencia de la citada reforma, el art. 579 de la LECrim quedó con el siguiente redactado, que se reproduce por su notoria importancia:

“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 elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o

¹⁰⁷ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 166.

confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.”

Nótese que el vigente apartado 1º del precepto era literalmente también el que tenía el art. antes de la reforma, por lo que lo realmente novedoso son los apartados 2º, 3º y 4º.

De una primera lectura del articulado ya pueden extraerse una serie de consideraciones: de su redacción se desprende la necesidad de una resolución motivada por parte del juez para adoptar la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones; el motivo y el plazo de la misma, así como de la prórroga de la intervención -tres meses prorrogables por idéntico plazo-; el objeto de la medida -descubrimiento o comprobación de hechos o circunstancias importantes para la causa-, así como las personas susceptibles de la intervención -personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal-.

Ahora bien, las críticas por parte de la doctrina se centraron en la escasez normativa del precepto que recogía la reforma, pues era la primera vez que se regulaban en nuestro país las intervenciones telefónicas y se incidía en recordar que, ya que el secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental, nos encontramos con unos apartados lacónicos y a todas luces insuficientes,¹⁰⁸ o incluso no sólo una regulación insuficiente sino un contenido oscuro, contradictorio y lamentable en atención a la importancia de la materia sobre la que inciden.¹⁰⁹

En ese sentido, no falta razón a las críticas efectuadas por parte de la doctrina científica, puesto que si observamos el redactado del precepto, no se establece la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, o ni siquiera las medidas de precaución que deben adoptarse para la incorporación al proceso penal de las grabaciones realizadas. Por ello, tuvieron que ser nuevamente la doctrina y -sobre todo- la jurisprudencia, las encargadas de suplir las omisiones injustificadas del legislador; todo ello hasta la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para

¹⁰⁸ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 182.

¹⁰⁹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 41.

el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que más adelante analizaremos con pormenorizado detalle.

3) Las soluciones propuestas.

Del análisis normativo y jurisprudencial de las escuchas telefónicas en nuestro país, podemos analizar que se han provocado tres situaciones diferentes¹¹⁰, obviamente hasta la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, que analizaremos más adelante en este trabajo.

3.1) El contexto problemático.

El contexto problemático planteado está relacionado: por una parte, con la práctica de intervenciones telefónicas sin base legal alguna hasta el año 1988, y que ha supuesto la condena de España por parte del TEDH; y por otra parte, con la práctica de realización de intervenciones telefónicas, con base legal tras la reforma de la LO nº 4/1988, de 25 de marzo, que también ha sido objeto de condena por parte del TEDH.

En referencia a la práctica de intervenciones telefónicas sin base legal hasta el año 1988, en primer lugar merece especial análisis la Sentencia del TEDH de fecha 30 de julio de 1998: *Caso Valenzuela Contreras vs. España*, ya que la cuestión que se plantea es que, si bien el art. 18.3 de la CE reconoce el “derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial”, a su vez el art. 53.1 del mismo texto legal establece, por su parte, que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial podrá regularse el ejercicio de este derecho”. En este caso, la interceptación de las conversaciones telefónicas del condenado se realizó sin cobertura legal, pues ciertamente las órdenes judiciales de interceptación de las conversaciones telefónicas fueron cursadas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del art. 579 de la LECrim., introducida por la LO nº 4/1988, de 25 de mayo.

Por su importancia, nos parece de interés hacer un breve apunte del planteamiento fáctico del caso así como del proceso penal desde su inicio: En los meses de noviembre y febrero de los años 1984 y 1985 respectivamente, una

¹¹⁰ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: La reforma del art. 579 LECrim”, *Uned, Boletín de la Facultad de Derecho nº 27*, Madrid, 2005, pp. 65.

señora y su pareja interpusieron sendas denuncias conociendo de las mismas un juzgado de Madrid, toda vez que alguna persona o personas desconocidas les remitían cartas a máquina anónimas y les efectuaban llamadas telefónicas siendo el carácter de las mismas vejatorio, hiriente, ofensivo e incluso amenazador.

Incoado un procedimiento penal en virtud de diligencias previas, el juez que investigaba los hechos ordenó la interceptación de las llamadas telefónicas que venían recibiendo los denunciantes, por el plazo de un mes de duración cada una. Del mismo modo, el juez ordenó que se procediese al análisis forense de las cartas que recibían los denunciantes, en concreto de la saliva y huellas digitales que obrasen en los sobres, así como de las fotografías que contenían los mismos. Dichas investigaciones condujeron a que se aperturase un proceso penal contra otro individuo y contra el Sr. Valenzuela Contreras, a quienes se efectuó una interceptación de sus llamadas telefónicas, si bien el procedimiento se archivó contra el primero, por lo que el segundo quedó como único sospechoso, el cual curiosamente era la expareja sentimental de la denunciante y ambos trabajaban en la misma empresa que ella, acreditando la vigilancia policial que desde un teléfono al que tenía acceso el denunciado era el terminal desde el cual se producían las llamadas. Tras una diligencia de registro domiciliario, se dictó auto de procesamiento contra el mismo en fecha de 18 de abril de 1986.

Tras el correspondiente acto de juicio oral, el 8 de mayo de 1992 la Audiencia Provincial de Madrid condenó al acusado como autor de un delito continuado de amenazas, así como al pago de multa y una indemnización a favor de la denunciante por el daño moral causado.

Notificada la resolución, el Sr. Valenzuela Contreras interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando, entre otros motivos que no vienen al caso, la violación de su derecho constitucional a la presunción de inocencia más que por ausencia de pruebas inculpatorias, por un examen valorativo de las mismas de forma diferente a la interpretación que de ellas hizo el Tribunal de instancia, de conformidad con los artículos 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la CE.

La casación se fundaba en el carácter excesivamente genérico de la resolución judicial que autorizaba la intervención de sus conversaciones telefónicas, lo que debería ser motivo suficiente para descalificarla como verdadera autorización judicial de las mismas. Así las cosas, debería entenderse que la ausencia de dicha autorización debidamente justificada violaría de plano el art. 18.3 de la CE, el cual

como hemos visto reconoce “el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial”, convirtiendo de modo automático la mencionada interceptación en ilícita, con las consecuencias inherentes a dicha situación, es decir, obligando a excluir del procedimiento las pruebas que sobre su base se hubieran obtenido.

Sin embargo, el TS desestimó en su integridad el motivo de casación alegado en su Sentencia nº 990/194, de 19 de marzo,¹¹¹ y declaró la licitud de la intervención telefónica, toda vez que la misma tenía su origen en una resolución judicial fundada, si bien es cierto que efectúa el comentario de que la misma se concedió de un modo un tanto genérico; a su vez, manifestó que en cualquier caso se apreciaron en el procedimiento otros medios probatorios directos e indiscutibles suficientes para sostener la sentencia condenatoria del recurrente.

Notificada dicha resolución, el Sr. Valenzuela Contreras interpuso recurso de amparo ante el TC, que no prosperó pues el Alto Tribunal rechazó de plano el recurso presentado según resolución de fecha de 16 de noviembre de 1994. Frente a los argumentos del recurrente, entendió que ninguna violación de su derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas podía ser apreciada en dicho procedimiento, en la medida en que la vigilancia de su línea telefónica particular había sido previamente autorizada por una decisión judicial motivada conforme al art. 579 de la LECrim. Así -igual que hizo con anterioridad el TS- el TC manifestó

¹¹¹ STS nº 990/1994, de 19 de marzo, Fundamento de Derecho 1º: “El desarrollo del motivo, en su larga exposición, contiene, más que una falta de pruebas inculpatórias, un examen valorativo de las mismas de forma diferente a la interpretación que de ellas hizo en su momento el Tribunal de instancia, faltando así a lo que dispone, desde un punto de vista de normativa positiva, el *art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, y desde un punto de vista constitucional, puesto en relación con el anterior, el *art. 117.3 de nuestra Ley Fundamental*. Es decir, ambos preceptos, aunque desde distintas perspectivas, nos enseñan que la valoración de la prueba practicada en la instancia corresponde de manera exclusiva y excluyente al Tribunal a quo, sin que sea permisible hacerlo, ni a este Tribunal de casación, ni mucho menos a las partes recurrentes. Ese principio de exclusividad interpretativa sólo puede quebrar, o bien ante la inexistencia de pruebas directas o de cargo o simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatória, o bien cuando esas pruebas hubieran sido ilegalmente obtenidas. Y en esto último es precisamente en lo que pone su acento principal el recurrente al considerar que las escuchas telefónicas efectuadas por la policía lo fueron sin una verdadera autorización judicial. Sin embargo, de un examen detenido de los autos se infiere que el contenido de esa intervención telefónica y, por ende, de las cintas grabadas de las diversas conversaciones, fueron conseguidas previa autorización judicial mediante resolución fundada, o lo que es lo mismo, la legalidad de su obtención no puede, ni debe, ponerse en duda. En cualquier caso, y aunque pudiéramos entender que la referida autorización se concedió de un modo un tanto genérico, lo que no cabe dudar es que las amenazas llevadas a cabo por el acusado quedaron plasmadas en cartas o escritos por él mismo suscritas y dirigidas a la víctima, cartas o escritos que constituyen por sí solas pruebas de cargo suficientes para hacer decaer el principio de presunción de inocencia que se denuncia. Es decir, aun haciendo caso omiso de las tan discutidas escuchas telefónicas, son de apreciar otras pruebas directas e indiscutibles que fundamentan de modo evidente la comisión del referido delito de amenazas, tanto en su misma existencia, como respecto a su autoría. Por lo brevemente expuesto, y sin necesidad de concretar la existencia de otra serie de pruebas tangenciales, indirectas o indiciarias que concurren en el hecho enjuiciado, este primer motivo debe ser rechazado.”

que la culpabilidad del recurrente pudo deducirse de un conjunto de indicios que se consideraron más que suficientes para desvirtuar el principio constitucional de presunción de inocencia que asistía al recurrente.

Por tanto, puede afirmarse que ni el TS ni el TC pusieron en duda en ningún momento la licitud de la resolución judicial que habilitaba la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones; de hecho, nótese que dichos tribunales ni se cuestionaron hasta qué punto otros elementos probatorios decisivos para la solución del caso -el hecho de que la mayoría de las llamadas molestas procedieran de la compañía donde trabajaba la denunciante y donde el condenado era jefe de personal, así como que el mismo hubiera tenido recientemente una relación sentimental con ella- habían sido obtenidos como resultado de la interceptación de las comunicaciones telefónicas cuya inconstitucionalidad se alegó y si, por tanto, de confirmarse dicha inconstitucionalidad, tampoco ellos habrían debido ser tomados en consideración en juicio, ni si las pruebas restantes pudieran haber conducido -por sí solas- a la condena del Sr. Valenzuela Contreras.

Este telón de fondo normativo es revelador de lo que permanece implícito en las decisiones del TS y el TC, y es el hecho de que ambos tribunales defendieron que la interceptación de las conversaciones telefónicas del recurrente fue conforme a derecho aun a falta de cobertura legal,¹¹² afirmando con su interpretación que el art. 18.3 de la CE es directamente aplicable sin necesidad de mediación legislativa posterior, y ello no sólo en lo que concierne a la tutela del derecho que en él se reconoce, sino también a la posibilidad, prevista expresamente en su formulación, de que su ejercicio sea limitado en supuestos determinados y concretos por decisión judicial.¹¹³

Así, la cuestión que subyace tras esta doctrina jurisprudencial es el modo en que deben relacionarse los arts. 18.3 y 53.1 de la CE, entre los actos concretos de interceptación de comunicaciones por decisión judicial, y el requisito de que el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones debe ser regulado por ley

¹¹² RODRIGUEZ RUIZ, B., "El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de Derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 56, Madrid, 1999, p. 228

¹¹³ Esa línea jurisprudencial ya la habíamos encontrado en nuestros tribunales con anterioridad, pues ambos habían confirmado la constitucionalidad de órdenes judiciales de interceptación de comunicaciones dictadas sin la ya explicada cobertura legal, y ello sobre la base de la naturaleza normativa y la eficacia directa de la CE, a condición de que dichas órdenes respetaran una serie de requisitos materiales, en concreto que estuvieran motivadas y que pudieran considerarse razonables. A modo de ejemplo, STC n° 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

parlamentaria, de modo más concreto por LO -según el art. 81 de la CE-; es decir, si es preceptivo que toda interceptación judicial deba tener respaldo o cobertura legal, o bien si el primer requisito tiene un ámbito y una razón de ser distintos del segundo y, por ende, permiten su aplicación independiente.

Precisamente en torno a esta cuestión giró el recurso planteado por el Sr. Valenzuela Contreras ante el TEDH, al denunciar la violación de su derecho al secreto de las comunicaciones en la medida en que el mismo se encuentra reconocido, en concreto en el art. 8 CEDH, ya que la interceptación de sus conversaciones telefónicas no había estado “prevista por la ley”. De modo más concreto, denunciaba que las autoridades españolas no habían respetado el contenido material de dicho requisito, más que una violación formal del mismo; es decir, que no se cuestionó que la interceptación tuviera base legal formal o no, toda vez que en última instancia se apoyaba en el art. 18.3 de la CE, sino que más bien el motivo de recurso se centraba sobre la cuestión de que dicha base legal reuniera todos los requisitos materiales que el TEDH impone -como veremos-, consistentes en su accesibilidad así como en la previsibilidad de las injerencias permitidas.

Y es que si bien el art. 18.3 de la CE parece a todas luces accesible, por el contrario no está tan claro que su aplicación directa satisfaga baremos tan altos de previsibilidad. Desde luego, no se lo pareció al TEDH, cuando en la Sentencia de fecha 30 de julio de 1998 juzgó la injerencia denunciada como imprevisible y, por consiguiente, contraria a los dictados del CEDH, y ello por apoyarse exclusivamente en el art. 18.3 de la CE en un momento en que éste no había alcanzado el grado de desarrollo jurisprudencial de que hoy es ya objeto.

En ese sentido, el TEDH utilizó -para fundamentar su resolución- una serie de razonamientos jurídicos que debemos comentar, haciendo hincapié inicialmente en los tradicionales principios generales que ya tiene asentados en la materia:¹¹⁴

La interceptación de las conversaciones telefónicas constituye una injerencia de una autoridad pública en el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia. Dicha injerencia sería contraria al art. 8 del Convenio, salvo si está “prevista en la ley” y persigue uno de los fines legítimos que se contienen en el párrafo segundo, exigiéndose además que sea “necesaria en una sociedad democrática” -STEDH *caso Kopp vs. Suiza*, de 25 de marzo de 1998-.

¹¹⁴ Párrafo 46.

A su vez, el requisito de que la injerencia esté “prevista por la ley” se despliega primeramente en la necesidad de que la medida tenga una base en derecho interno, aunque la norma Convencional no se limita a un mero reenvío al derecho interno, ya que requiere igualmente una determinada calidad de la ley, en el sentido de que la misma tenga determinadas características que la hagan compatible con la preeminencia del derecho, implicando que el derecho interno deba ofrecer protección contra los atentados arbitrarios por parte de los poderes públicos a los derechos garantizados en el párrafo primero del art. 8 del CEDH -STEDH *caso Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, Párrafo 66-. Esta exigencia determina la necesidad de accesibilidad de la ley para las personas a las que concierne, que deben poder prever las posibles consecuencias que puede tener para ellas -STEDH *caso Kruslin vs. Francia*, de 24 de abril de 1990, Párrafo 55-.

Del mismo modo, el peligro de arbitrariedad se muestra con singular nitidez allí donde el poder de apreciación que se tiene se ejerce en secreto. De forma más específica, cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de interceptación de comunicaciones llevadas a cabo por las autoridades públicas, la exigencia de previsibilidad implica que el derecho interno debe manifestarse en términos suficientemente claros como para indicar a todos de una manera inteligible en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos para adoptar semejantes medidas -STEDH *caso Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, párrafos 66 y 67; STEDH *caso Kruslin vs. Francia*, de 24 de abril de 1990, párrafo 30 y STEDH *caso Kopp vs. Suiza*, de 25 de marzo de 1998, párrafo 64-. Aparece como indispensable la existencia de reglas claras y detalladas en la materia, llamando la atención de que los procedimientos técnicos no paran de perfeccionarse -STEDH *casos Kruslin y Huvig vs. Francia*, ambas de 24 de abril de 1990, párrafo 33; STEDH *caso Kopp vs. Suiza*, de 25 de marzo de 1998, párrafo 72-.

En ese sentido, como garantías mínimas esenciales para evitar los abusos que deben figurar en la ley, las sentencias de los *casos Kruslin y Huvig*, señalan: la definición de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escuchas judiciales; la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ellas; la fijación de un límite a la duración de la medida; las condiciones de llegada al proceso de los resúmenes o síntesis donde se contienen las conversaciones interceptadas; las precauciones a adoptar para aportar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a fin de un eventual control por el juez y por la defensa; las circunstancias en las que puede o debe llevarse a cabo el borrado y destrucción de las cintas, sobre todo después de un sobreseimiento o archivo.

Vistos estos razonamientos jurídicos, a continuación, el tribunal pasa a analizar la aplicación de estos principios generales al caso concreto (párrafos 47 a 62):¹¹⁵

En cuanto a la existencia de una injerencia (párrafo 47): las escuchas sobre la línea telefónica del señor Valenzuela Contreras tuvieron una duración de casi un mes, constituyendo una “injerencia de una autoridad pública” en sentido del art. 8 párrafo 2 del CEDH en el derecho al respeto de su vida privada y su correspondencia. El tribunal afirmó que ésta no es una cuestión sujeta a controversias y que no resultaba decisivo a este respecto que el sistema utilizado para la vigilancia del teléfono haya consistido en un simple “comptage”¹¹⁶, tal y como afirma el gobierno.

En cuanto a la justificación de la injerencia, es necesario determinar si ésta se ajusta a las exigencias del párrafo 2 del art. 8 del CEDH. Para ello, primero se analiza si la injerencia está prevista en la ley. Ciertamente, nadie niega que exista en el derecho español una base legal en la materia; el tribunal se limita para ello a constatar la existencia del art. 18.3 de la CE, precepto sobre el que el juez de instrucción ha fundamentado de manera principal el auto acordando la observación de la línea telefónica del demandante; a su vez, el tribunal consideró que en el ámbito español tampoco planteaba problemas la accesibilidad de la ley. Sin embargo, esta afirmación no la hizo extensible al tercero de los requisitos -que se refiere a la previsibilidad de la ley-, en cuanto al sentido y naturaleza de las medidas restrictivas de derechos en cuestión.

El TEDH razonó al respecto que debía entrar a examinar la “calidad” de las normas jurídicas aplicables al caso y puso de relieve que el teléfono del demandante fue sometido a escuchas en virtud del art. 18.3 de la CE, único artículo que preveía

¹¹⁵ Cfr., DE PRADA SOLAESA, J.R., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España”, *Revista Jueces para la Democracia* n° 34, Madrid, 1999, pp. 89 y ss.

¹¹⁶ El “comptage” plantea la cuestión de si los listados de llamadas que suministran las compañías telefónicas encuentran amparo en el derecho al secreto de las comunicaciones por pertenecer a la esfera privada y, por tanto, requiere de idénticas exigencias que para las interceptaciones telefónicas, o bien queda fuera de ese ámbito de protección. La STEDH *caso Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, declaró que si bien relacionar un listado de llamadas telefónicas no implica una interceptación como tal, en dicho listado figuran los números de teléfono de destino, que sí son parte integrante de la comunicación, de lo cual se desprende que ese sistema afecta al art. 8.1 CEDH, y que no es posible disponer de los mismos sin consentimiento de su titular; es decir, que el empleo de un artificio técnico -“comptage”-, aunque no registre el contenido de la comunicación, constituye una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que consagra el art. 18.3 CE.

la posibilidad -en el momento de acordarse las escuchas- de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. De hecho, el juez de instrucción en el momento de acordar la medida tuvo también en cuenta para justificar su decisión el Título VIII del Libro II de la LECrim. en vigor en aquel momento, relativo a “la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”.

Según el Gobierno, el juez que había ordenado la vigilancia de la línea telefónica del demandante había respetado las garantías exigidas por la jurisprudencia del TEDH en la materia, es decir, había indicado la identidad y los números de teléfono de los sospechosos, precisando que la intervención servía a las necesidades de investigación en relación con determinados hechos sobre los que existía una investigación policial en curso, limitando la duración de la intervención a un mes y controlando la ejecución de la medida ordenada y que se había anticipado en cinco años a las exigencias de las Sentencias de los *casos Kruslin y Huvig vs. Francia* en materia de garantías contra la arbitrariedad de los poderes públicos. En su análisis, el TEDH reconoció que el juez de instrucción trató de asegurar un máximo de protección y garantías en la ejecución de la medida de intervención telefónica que había acordado en el marco de las disposiciones legales vigentes en aquel momento, incluidas -al menos de una manera general- las disposiciones de la LECrim. en materia de entrada y registro en lugar cerrado, de libros y papeles y etc., que podían servir de fundamento a su decisión. Sin embargo, manifestó su desacuerdo con que las garantías citadas por el Gobierno español, resultantes de una interpretación extensiva de las disposiciones legislativas o provenientes de decisiones judiciales, vinieran contenidas en los propios términos del art. 18.3 de la CE, ni tampoco, en gran medida, en las disposiciones de la LECrim. que el juez de instrucción tuvo en consideración en el auto que acordaba la intervención telefónica.¹¹⁷

Dicha manifestación se ve contrarrestada por otra, ya que el TEDH valoró los esfuerzos realizados por el legislador y el poder judicial español a fin de introducir, en la legislación y en la práctica, las garantías exigidas por el Convenio en la materia: el ATS de fecha 18 de junio de 1992 -recordemos, *caso “Naseiro”*- constituye el mejor ejemplo, si bien esta evolución había tenido lugar con posterioridad al auto acordando la observación del teléfono del demandante.

¹¹⁷ El TEDH constató en su resolución que las mencionadas garantías citadas por el Gobierno, deducidas de una amplia interpretación de decisiones legales o judiciales, no se deducían de los propios términos del art. 18.3 CE ni de las disposiciones de la LECrim que considero el Juez en el auto que había ordenado la interceptación de las conversaciones telefónicas del Sr. Valenzuela.

Igualmente, el TEDH también puso de manifiesto que la referida decisión del TS no interpretó la legislación aplicable en el momento de la intervención telefónica en la causa, sino la resultante después de la modificación operada por la LO nº 4/1988, de 25 de mayo, la cual introdujo la noción de escuchas telefónicas en el art. 579 de la LECrim.; a su vez, el TEDH, volvió a afirmar que ciertas condiciones que resultan del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la ley y garantizar consecuentemente el respeto a la vida privada y al secreto de la correspondencia no estaban incluidas en el art. 18.3 de la CE ni en las disposiciones de la LECrim. aplicable en el momento, y declaró que las carencias de precisión se refieren sobre todo a la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sujetos pasivos de escuchas telefónicas, a la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ellas, a la fijación de un límite en la duración de la ejecución de la medida, a las condiciones de la llegada al proceso de los resúmenes o síntesis donde se contienen las conversaciones interceptadas, así como a la utilización o el borrado de los registros realizados.¹¹⁸

Del mismo modo, también desestimó expresamente el argumento dado por el Gobierno español de que el juez que ordenó la intervención de las comunicaciones telefónicas del demandante no podía conocer cinco años antes de haberse pronunciado, en el año 1990, la doctrina que se contendría posteriormente en las STEDH de los *casos Kruslin y Huvig vs. Francia*, y recuerda al respecto que las exigencias relativas a la calidad de la ley contenidas en dichas resoluciones dimanaban del propio Convenio. En ese sentido, manifestó que de la exigencia de previsibilidad de la ley se deriva que en el contexto de la interceptación o intervención de las comunicaciones telefónicas, las garantías en cuanto a la extensión y modalidades de los poderes de apreciación de las autoridades deben figurar con todo detalle en el derecho interno, de tal manera que tengan fuerza obligatoria para delimitar el poder discrecional del juez en la aplicación de dichas medidas. Por consiguiente, señaló que la ley española que el juez de instrucción debía aplicar había de contener de una manera suficientemente precisa esas garantías y que en la STEDH del *caso Malone* (párrafo 67) del Tribunal, dictada con anterioridad, ya se establece que la “ley” debe usar términos sobradamente claros como para indicar a todos de manera suficientemente precisa en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos a realizar un ataque secreto -y virtualmente peligroso- al derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia de los ciudadanos. El TEDH concluyó que el derecho español -escrito y no escrito-

¹¹⁸ Párrafo 59.

en el momento de los hechos, no indicaba con suficiente claridad la extensión y modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en materia de intervenciones telefónicas y que, por consiguiente, el señor Valenzuela Contreras no había gozado del grado de protección mínima requerido por el principio de preeminencia del derecho en una sociedad democrática y que, por ello, había violación del art. 8 del CEDH.¹¹⁹

En definitiva, lo que el TEDH vino a señalar es que antes del año 1988 en el Derecho español no se contaba con una ley que estableciera los requisitos mínimos para poder ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas y que, por consiguiente, todas las intervenciones que se habían realizado hasta la promulgación y entrada en vigor de la LO nº 4/1988, de 25 de mayo, carecieron de verdadera base legal, por lo que las sentencias dictadas por nuestros tribunales en base a ellas violaron lo establecido en el art. 8 del CEDH.¹²⁰

Lógicamente, la anterior resolución del TEDH tuvo un enorme impacto en nuestros Tribunales. En ese sentido, destaca la STC nº 49/1999, de 5 de abril (Pleno), la cual puso de manifiesto la insuficiencia normativa de nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la reforma procesal producida el año 1988.

Por su importancia, también desarrollamos brevemente los hechos objeto del proceso: En unas diligencias que se iniciaron a finales del año 1986, el Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil de Málaga tuvo conocimiento por unas confidencias de la existencia de una organización que introducía hachís procedente de Marruecos en nuestro país a través de la costa malagueña, lo cual determinó que la fuerza actuante solicitara la correspondiente autorización judicial en fecha de 2 de diciembre de 1986 para la intervención de determinados números de teléfono, concediéndose por parte de un juzgado de instrucción de Ceuta dichas escuchas mediante los correspondientes autos -así como algunas prórrogas posteriores-, lo que permitió tener noticia de la existencia de viajes marítimos relacionados con el ilícito negocio sospechado.

En una de las conversaciones el día 11 de diciembre de 1986 se hace mención de un número de teléfono en Málaga, que también se ordenó intervenir, lo

¹¹⁹ Párrafo 67.

¹²⁰ Cfr., PULIDO QUECEDO, M., "Las escuchas telefónicas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nota sobre la STEDH, de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela Contreras contra España", *Repertorio Aranzadi del TC nº 15*, Madrid, 1998, pp. 9 y ss.

cual llevó a tener fundadas sospechas de que en la noche del 19 al 20 de febrero de 1987 va a salir de la costa africana una lancha cargada con hachís rumbo a una playa de la localidad de Torremolinos, organizando la fuerza instructora un servicio de información y vigilancia con infructuosa espera toda vez que, tal y como se constató más tarde por las intervenciones telefónicas, un temporal y la avería de uno de los motores de la embarcación habían hecho suspender la entrega. La operación se repitió la noche del 23 al 24 de febrero y, cuando se transportaron cuatrocientos kilos de hachís en una furgoneta, el operativo policial interceptó el vehículo, por lo que procedió a incautar los trece bultos que contenían el alijo de droga, y se produjeron diversas detenciones tanto ese día como los posteriores. Tras el correspondiente proceso penal, la Audiencia Provincial de Málaga condenó a los acusados como autores de un delito contra la salud pública y de contrabando, si bien algunos lo fueron en concepto de cómplices, todas las partes interpusieron recurso de casación ante el TS, que aceptó exclusivamente las tesis del Ministerio Fiscal, condenando también como autores a los que sólo habían sido condenados como cómplices.¹²¹

El núcleo esencial de los motivos de recurso de amparo radicó en la impugnación de la legitimidad y regularidad de la intervención telefónica practicada en la fase de investigación del delito, al entender carente de cobertura e insuficientemente motivada la resolución judicial que la autorizó inicialmente y las que la mantuvieron después, por lo que se denunció la lesión del art. 18.3 CE, que establece la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. Además, se cuestionó la forma en que se llevó a cabo la intervención y la suficiencia del control judicial ejercido; así, los recurrentes entendieron que en el proceso de grabación, traducción, transcripción y selección de las conversaciones intervenidas se había vulnerado también el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Del mismo modo, impugnaron los recurrentes el modo de incorporación al proceso de las cintas y sus transcripciones y, en lógica conexión con estos razonamientos, entendieron que al contenido de dichas grabaciones no debió otorgársele eficacia probatoria, ni tampoco al resto de las pruebas practicadas que estimaron derivadas del conocimiento ilegítimamente adquirido a través de las escuchas. Por último, reprocharon a las sentencias impugnadas haber desoído estas alegaciones y haber fundado la condena en pruebas constitucionalmente ilegítimas, por lo que estiman vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

¹²¹ La causa fue el procedimiento sumario nº 13/1987, del cual conoció el Juzgado de Instrucción nº 8 de Málaga, la Sentencia fue de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga nº 10/1992, de 23 de marzo, y la STS nº 2096/1994, de 23 de noviembre.

La STC nº 49/1999, de 5 de abril -que acordó en este caso la avocación al Pleno para la resolución de los respectivos recursos de amparo presentados-, otorgó parcialmente amparo a las nueve personas que habían sido condenadas a penas de prisión y multa por cometer delitos contra la salud pública y contrabando, pues declaró vulnerado el derecho de los recurrentes al secreto de las comunicaciones telefónicas y a un proceso con todas las garantías -arts. 18.3 y 24.2. CE-, y anuló los autos de intervención telefónica y las sentencias condenatorias, con retroacción de las actuaciones de la causa penal para que se celebrase un segundo juicio si se mantenía la acusación.

En ese sentido, el TC consideró que las escuchas telefónicas, que sirvieron para descubrir y detener a los acusados, y luego en el juicio para probar la acusación contra ellos, vulneraron el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: en primer lugar, porque carecían de cobertura legal (FJ 4º y especialmente 5º),¹²² que se hacen eco de la STEDH en el *caso Valenzuela*

¹²² FJ 5º: « Dejando, pues, sentado que es necesaria la intervención de la ley y que la norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 C.E., en relación con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, habremos de tener en cuenta la doctrina del TEDH, como hicimos en resoluciones anteriores (por todas, STC nº 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral). Pues bien, por lo que respecta a la «accesibilidad» o «previsibilidad», cuando se trata de la intervención de las comunicaciones por las autoridades públicas, el TEDH ha declarado que «implica que el Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas» (STEDH, de 30 de julio de 1998, *Caso Valenzuela*, núm. 46 III, con cita de las resoluciones dictadas en los casos *Malone*, *Kruslin* y *Huvig* (Sentencia del TEDH, de 24 de abril de 1990), *Haldford vs. Reino Unido* (Sentencia del TEDH, de 25 de junio de 1997) y *Kopp* (Sentencia del TEDH, de 25 de marzo de 1998). Y, especificando ese criterio, por remisión a lo dicho en las resoluciones de los casos *Kruslin* y *Huvig*, el TEDH, en el *caso Valenzuela* concreta las exigencias mínimas relativas al contenido o «calidad» de la ley en las siguientes: «la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad» (núm. 46, IV). Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la «protección adecuada contra los posibles abusos» (*Caso Kruslin*, núm. 35, y *Caso Klass*, núm. 50). Dado que, como indicamos anteriormente, esta doctrina específica remite a los mismos fundamentos de la que genéricamente hemos proclamado, hemos de afirmar ahora que ha de interpretarse conforme a ella lo dispuesto en el art. 18.3 C.E. Por lo tanto, en el presente caso, al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Valenzuela* antes citado, que el ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE».

Contreras vs. España, de 30 de julio de 1998-; y, en segundo lugar, porque las resoluciones judiciales que autorizaron a la policía a intervenir los teléfonos de los investigados no estuvieron motivadas suficientemente (FJ 6º a 11º). A mayor abundamiento, sus resultados fueron aportados al proceso sin las garantías debidas (FJ 13º) A su vez, parece de interés señalar que hubo diversas opiniones acerca de las consecuencias que debían anudarse a la apreciación de que el derecho de los actores al secreto de sus comunicaciones había sido vulnerado: en especial, acerca de si la prueba era ilícita, y con qué alcance.¹²³

En conclusión, el Pleno del TC introdujo con esta sentencia en nuestro país la doctrina jurisprudencial del TEDH en el *caso Valenzuela Contreras vs. España*, exponiendo un reconocimiento manifiesto de que si la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se había producido con anterioridad a la reforma procesal del año 1988, ello sólo podía significar la existencia de una clara y manifiesta vulneración de dicho derecho constitucional, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico no definía las categorías de personas que podían ser sometidas a escucha telefónica, ni determinaba los límites a la duración de la medida limitativa, ni fijaba las condiciones que debían reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, así como su ulterior utilización.

El siguiente contexto problemático está relacionado con la práctica de realización de intervenciones telefónicas, con base legal tras la reforma de la LO nº 4/1988, de 25 de marzo, y que también fue objeto de condena por parte del TEDH.

En ese sentido, merece especial análisis la STEDH de fecha 18 de febrero de 2003: *Caso Prado Bugallo vs. España*, cuyo breve planteamiento fáctico del caso desarrollamos: en el marco de una investigación judicial por presunto delito de tráfico de estupefacientes, un Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional ordenó el 28 de septiembre de 1990, y de conformidad con el art. 579.3 de la LECrim, que se intervinieran por un período de treinta días las líneas telefónicas de

¹²³ Voto particular del Magistrado D. Julio Diego González Campos, al que se adhiere el Magistrado D. Pablo García Manzano, sosteniendo que las pruebas obtenidas de las escuchas telefónicas eran determinantes de la condena y que, por tanto, las sentencias penales habían vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los demandantes de amparo; por lo tanto, el fallo debió anular la condena, sin retroacción de actuaciones que permitiera un segundo juicio penal. Ahora bien, el Presidente del Tribunal, Magistrado D. Pedro Cruz Villalón, también formuló un Voto particular, pero en sentido opuesto: la vulneración cometida por los Juzgados de Instrucción, al motivar insuficientemente los autos que permitieron las intervenciones telefónicas, fue debida al error, era de escasa gravedad y, por ende, no justificaba la exclusión de las pruebas obtenidas, por lo que el amparo debió ser desestimado, salvo en lo referente a las irregularidades en la práctica de las pruebas magnetofónicas.

varias personas sospechosas de estar implicadas en actividades delictivas vinculadas con el tráfico de estupefacientes.

El Sr. Prado Bugallo se encontraba a la cabeza de un vasto complejo económico compuesto por numerosas sociedades de importación-exportación de tabaco con sede en Panamá, en Galicia y en Amberes y, a su vez, disponía en España de una amplia red de colaboradores.

El juez ordenó igualmente que cada quince días, y cada vez que se solicitara una prórroga, las cintas de grabación y su transcripción fueran enviadas al secretario judicial para su debida verificación. Toda vez que en el juzgado no se recibieron las cintas ni la transcripción en el plazo de quince días, el juez de instrucción ordenó, el 24 de octubre de 1990, que cesaran las escuchas. Un mes después, el 23 de noviembre de 1990, el juez de instrucción ordenó que se intervinieran las líneas telefónicas inscritas a nombre de varias personas sospechosas de pertenecer a una red de tráfico de cocaína dirigida por el Sr. Prado Bugallo. Una vez más, el juez ordenó que las grabaciones efectuadas fueran remitidas cada quince días al secretario judicial para su verificación. En los meses de diciembre de 1990 y enero de 1991, el juez ordenó que se intervinieran nuevas líneas, siempre basándose en el art. 579.3 de la LECrim, con las mismas condiciones en cuanto a su control por el secretario judicial.

Tras la correspondiente investigación policial, los días 19 y 20 de enero de 1991, el Sr. Prado Bugallo y varios de sus colaboradores fueron arrestados por la autoridad policial. Como consecuencia de estas investigaciones, la policía incautó una cantidad importante de cocaína escondida en un coche, también en varios pisos e igualmente se descubrió un camión provisto de escondites para el transporte de mercancías, alquilado por uno de los colaboradores de la organización criminal.

La Audiencia Nacional, mediante sentencia de 26 de junio de 1993, condenó al Sr. Prado Bugallo por los delitos de tráfico de estupefacientes, transferencia de moneda no autorizada y falsificación de escrituras públicas, condenándole a una pena de veintitrés años y tres meses de prisión, así como al pago de varias multas. Para fundamentar su condena, el tribunal se basó en las grabaciones de las escuchas telefónicas efectuadas por la policía, en las declaraciones de los inculpados, en los dictámenes periciales solicitados, así como en las pruebas materiales recogidas durante la investigación.

En ese sentido, el tribunal recogió en la sentencia varios razonamientos: por una parte, señaló la clara evidencia de que la norma de procedimiento -por su

antigüedad- no preveía situaciones adaptadas a los tiempos en que ocurrieron los hechos, si bien era cierto que esta situación había sido corregida en parte por la reforma “tardía y ambigua del art. 579.2 y 579.3 de la LECrim, conforme a la LO nº 4/1988, de 25 de mayo de 1988, que constituye el Derecho positivo español en vigor en la materia”, el cual se complementaba con disposiciones de rango supralegal nacionales e internacionales, así como por recientes resoluciones del TS y del TC¹²⁴; a su vez, advirtió que el art. 579 de la LECrim., redactado según la LO nº 4/1988, de 25 de mayo y que desarrolla el art. 18.3 de la CE, no ofrecía una reglamentación exhaustiva, ya que se limitaba a determinar: la forma que debe adoptar la resolución de intervenir las líneas, el plazo y los motivos de la prórroga -hasta tres meses prorrogables por períodos iguales-, el objetivo de la medida -conseguir por esos medios descubrir o verificar un hecho o una circunstancia importante para el asunto-, y los casos en los que la medida es admitida, a saber la existencia de una persona sometida a investigación o con respecto a la que existen indicios de responsabilidad criminal, y que a esas normas positivas debían añadirse las exigencias que se desprenden de la jurisprudencia relativa a: el contenido de las resoluciones -número de teléfono, abonado, domicilio y duración-, la presentación periódica de las cintas y de la transcripción literal, con la verificación y la comparación por parte del Secretario Judicial, la ratificación por los funcionarios que han realizado las escuchas y las transcripciones, la información de los acusados y -dado el caso-, un peritaje para el reconocimiento de las voces, la reproducción en el momento del procedimiento oral dentro del respeto -entre otros- al principio del debate contradictorio y a los derechos de la defensa, la declaración bajo juramento de los funcionarios de policía, así como la obligación de mostrar o de notificar al interesado la resolución judicial ordenando la cancelación de las escuchas; pero por otra parte, para fundamentar la sentencia condenatoria, señaló que, todas las intervenciones telefónicas se realizaron como consecuencia de resoluciones judiciales, suficientemente motivadas y proporcionadas, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos que eran objeto de la investigación, la posible implicación de los acusados y la necesidad de la medida adoptada tanto en cuanto a su utilidad como a su carácter indispensable, por lo que se confirió legitimidad a las decisiones que fueron tomadas, así como que -del mismo modo-, las escuchas cumplían con todas las condiciones exigidas por la legislación en vigor, tanto por su duración y la forma de su ejecución -por delegación a la Policía- bajo control jurisdiccional efectivo y continuo por medio de la entrega de

¹²⁴ Entre ellas, “principalmente, la Resolución del TS (Sala Segunda) de 18 de junio de 1992, con la jurisprudencia mencionada, y las Sentencias (...) de los días 2 de junio y 17 de octubre de 1992”.

las cintas y de las transcripciones, como por su verificación bajo juramento judicial; es decir, que la AN consideró que de la lectura de la documentación correspondiente se satisfacían las exigencias de las disposiciones aplicables a la materia.

Tras la sentencia condenatoria, y toda vez que la defensa del condenado había planteado la nulidad de las escuchas telefónicas existentes en el procedimiento -argumento que, como hemos visto, no prosperó, presentó el correspondiente recurso de casación ante el TS, el cual mediante sentencia n° 1889/1994, de 31 de octubre, consideró que la condena se fundamentaba en un conjunto de elementos de prueba suficientes.

En ese sentido, al examinar la cuestión de la legalidad de las escuchas telefónicas, el TS declaró que únicamente se podía derogar el derecho al secreto de las comunicaciones, ya fueran postales, telegráficas o telefónicas, tal y como garantiza el art. 18.3 de la CE, por medio de una resolución judicial. El tribunal añadió que, además, de la legislación aplicable -art. 579 LECrim, que calificó de deficiente-, los tribunales habían tenido igualmente en cuenta varias Sentencias del TC dictadas en 1984, 1987, 1988, 1990 y 1992, así como las STEDH *Klass*, *Schenk*, *Malone* y *Kruslin*. En este caso, examinando la proporcionalidad de la injerencia que constituían las intervenciones telefónicas, el tribunal, refiriéndose a la jurisprudencia del TEDH, consideró que la injerencia estaba justificada a la vista de la gravedad de un delito como el tráfico de estupefacientes a gran escala y organizado. Tras recordar las condiciones legales que debían rodear la interceptación de las líneas telefónicas, principalmente la necesidad de un control jurisdiccional de la medida y las condiciones de explotación de las conversaciones interceptadas, el tribunal consideró que, en este caso, la medida impugnada había sido tomada en el marco de una instrucción penal y que estaba motivada y controlada por el juez, observando que las transcripciones de las conversaciones interceptadas habían sido verificadas por el secretario del tribunal.

Por ello, el condenado presentó recurso de amparo ante el TC, que se desestimó en Sentencia n° 236/1999, de 20 de Diciembre.¹²⁵ En ese sentido, el TC -en cuanto al motivo derivado del art. 18.3 de la CE-, tras recordar las exigencias constitucionales que debían rodear las intervenciones telefónicas, consideró que cabía concluir que no se había producido lesión alguna de dicho artículo desde la perspectiva, en el caso analizado, de la investigación de un delito que nuestra legislación consideraba grave, argumentando que la primera de las intervenciones

¹²⁵ STC n° 236/1999, de 20 de Diciembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Rafael de Mendizábal Allende.

telefónicas -acordada por el Juez Central de Instrucción nº 5 en el Auto de 23 de noviembre de 1990-, no carecía de motivación sino que se adoptó a la vista de las actuaciones practicadas por el mismo Juez en otro sumario ya en marcha -el nº 13/1990, seguido también contra el condenado por un eventual delito de tráfico de drogas-, autorizando la intervención de distintos teléfonos, con indicación tanto de los números como de sus titulares, por considerar que tal medida podía proporcionar datos valiosos para la investigación de la trama de una organización dedicada al narcotráfico y la posible llegada de un importante alijo de cocaína, a su vez, que las posteriores intervenciones telefónicas, fueron ordenadas por el Instructor siempre para personas individualizadas y líneas telefónicas concretas, por plazo cierto -un mes generalmente-, que en todos los Autos de autorización se indicó la obligación de la policía de aportar, cada quince días y siempre que se solicitase cualquier prórroga, la transcripción y las cintas originales para su comprobación por el Secretario Judicial, que en las actuaciones constan, igualmente, no sólo las correspondientes diligencias de recepción de las cintas conteniendo las grabaciones sino las de cotejo por el fedatario procesal de las cintas grabadas y sus transcripciones, y finalmente que en los Autos de prórroga de las intervenciones telefónicas se justificaba la necesidad de la prórroga por la complejidad de los hechos investigados; por consiguiente, las intervenciones telefónicas respetaron las exigencias de autorización judicial, legalidad y proporcionalidad.

Posteriormente, el procedimiento llegó hasta el TEDH, quien se pronunció en sentencia de fecha 18 de febrero de 2003, condenando a España por insuficiencia de la legalidad vigente, así como por falta de calidad de la ley¹²⁶ sobre intervenciones telefónicas. Nótese que no habían transcurrido ni cinco años del anterior pronunciamiento por parte del TEDH y, si bien éste fue de funcionalidad bastante similar al anterior, no es menos cierto que el asunto de fondo que sirvió como punto de partida ya fue de muy distinto alcance. En esa línea, la Resolución fue criticada por algún sector doctrinal, en el sentido de ser un fallo dictado por Sala de siete jueces, que ni siquiera celebró vista pública, y que sorprende por su “carácter esquemático y escueto, por su tono de desgana, como si estuviera hecho a toda prisa y a destajo”.¹²⁷

¹²⁶ Cfr. LÓPEZ GARCÍA, E., “Las intervenciones telefónicas, una crisis anunciada: comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 594, Madrid, 2003, pp. 1 a 7.

¹²⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos “Valenzuela Contreras” y “Prado Bugallo”, ambos contra España)”, *Revista Derecho Privado y Constitución* nº 17, Madrid, 2003, p. 399.

En su resolución, el TEDH reconoció que este asunto se diferenciaba del *caso Valenzuela Contreras vs. España*, puesto que la LO nº 4/1988, de 25 de mayo - como hemos visto- había modificado el art. 579 de la LECrim.

Sin embargo, el TEDH consideró que las garantías introducidas por la Ley de 1988 no respondían a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias *Kruslin vs. Francia* y *Huvig vs. Francia*, para evitar abusos, y que lo mismo ocurría con la naturaleza de las infracciones que podían dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se dejaba a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se referían igualmente a las precauciones que había que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa, ya que la Ley no contenía ninguna disposición a este respecto.

Por consiguiente, el TEDH constató que, si bien la reforma de la LO de 1988 supuso un progreso innegable, todavía persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas y que, por lo tanto, había existido en el proceso violación del art. 8 del CEDH.

Nuevamente, la resolución del TEDH tuvo eco en nuestros tribunales. Es ese aspecto, debemos analizar la STC nº 184/2003, de 23 de octubre (Pleno). La importancia de esta resolución radica en que si bien la insuficiencia legislativa del redactado del art. 579 LECrim. -tras la comentada reforma del año 1988- había sido puesta de manifiesto por la doctrina jurisprudencial del TEDH -tal y como acabamos de ver con la resolución del *caso Prado Bugallo vs. España*-, por el contrario en nuestro país los tribunales no se habían pronunciado en este sentido,¹²⁸ ya que se venía considerando legítima la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones si en los procesos penales se habían respetado las pautas marcadas por la jurisprudencia, en especial por el auto del TS de fecha 18 de junio de 1992 (*Caso "Naseiro"*), el cual estipuló que las lagunas, la insuficiencia así como la imprecisión legislativa del art. 579 LECrim. debían ser corregidas por el juez

¹²⁸ En todo caso no podemos obviar la STC nº 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2º y 3º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera, pero que únicamente se pronunciaba, sin mayor profundidad, en algunos aspectos relativos a la grabación y a la utilización procesal por los interlocutores de determinados datos de tráfico y contenido de las comunicaciones.

nacional y por el TEDH. Nótese que en esta resolución tres Magistrados formularon Votos Particulares.¹²⁹

Se efectúa un breve desarrollo del planteamiento fáctico del caso: el origen de la causa está en la recepción de una carta anónima dirigida a un juzgado de instrucción de Sevilla en la cual se hacía referencia de forma detallada a la existencia de una relevante trama con el objeto de financiar ilegalmente al PSOE de Andalucía -que incluía el enriquecimiento particular de algunas personas-, lo cual se llevaba a cabo mediante el pago de comisiones u obtención de primas por la adjudicación de obras públicas.

Incoadas en el juzgado competente las correspondientes diligencias en el mes de enero del año 1992, que fueron declaradas secretas a la vista de la gravedad de los hechos, se dio orden a la policía judicial de que iniciase una investigación fruto de la cual se solicitó al juzgado la intervención de las comunicaciones telefónicas de dos personas presuntamente implicadas en la trama; con posterioridad, se interesaron nuevas intervenciones telefónicas y prórrogas a las ya concedidas, las cuales dieron un resultado positivo que supusieron una ramificación de las líneas de investigación, las cuales llegaron a afectar al Sr. Ollero -lo menciono porque es quien da nombre al proceso penal-, en aquel momento Director General de Carreteras de la Consejería de Obras Públicas.

Tras los trámites procedimentales pertinentes, la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Primera), en sentencia de fecha 29 de diciembre de 1999,¹³⁰ condenó a dos personas como responsables de un delito de cohecho y otro de

¹²⁹ Voto particular del Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel, al que se adhiere el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, por entender que en el supuesto sometido a consideración no se había lesionado un derecho fundamental y que, en el hipotético caso de haber estado de acuerdo con la tesis de la mayoría respecto de la ilicitud de las pruebas consideradas, no compartía la decisión final a que se llega en el sentido de retrotraer las actuaciones para un nuevo examen por parte de los órganos judiciales, por juzgarlo innecesario, así como del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, de acuerdo en todo con los anteriores salvo en el último planteamiento en el sentido de no plantearse ninguna reflexión hipotética sobre cuál debiera ser la solución procedente en la alternativa, por el mismo rechazada, de estimación del amparo.

¹³⁰ Por la materia que nos ocupa, parece oportuno destacar que dicha resolución negó valor probatorio a parte de las cintas magnetofónicas y transcripciones que había efectuado la Policía Judicial ya que se remitieron al Juzgado copias y no originales de las mismas, si bien ello no impidió la legal admisión del acceso a la información que se contenía en las cintas como fuente lícita de investigación y, por ende, de las pruebas derivadas de la misma: "En todo caso, la vulneración de tal requisito del control judicial no supone lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y afectan al ámbito de la legalidad ordinaria, en cuanto que las irregularidades no se producen en la ejecución del acto limitativo de los derechos fundamentales, sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado, lo que, como consecuencia, puede dar lugar a que las conversaciones grabadas y transcritas podrían no ser tenidas en cuenta como pruebas válidas, pero, en cambio, no supone la nulidad refleja del artículo 11.1 LOPJ, respecto a pruebas distintas, y basadas en las escuchas."

falsedad en documento mercantil -siendo absueltos del delito de presentación en juicio de documentos falsos y de tráfico de influencias-.

Presentado el correspondiente recurso de casación, el TS desestimó íntegramente el mismo, según reza en sentencia de la Sala de lo Penal de fecha 19 de julio de 2001.¹³¹ Las cuestiones objeto de controversia que se plantearon en el recurso de amparo ante el TC se basaron en los siguientes motivos: En primer término, consideraban infringido el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la CE, con los efectos determinados en los arts. 11.1, 238 y 240 LOPJ, que conllevan la nulidad de las resoluciones judiciales y la prohibición de valorar las pruebas obtenidas directa o indirectamente como consecuencia de dichas infracciones. Para ello, dos son los fundamentos aducidos como soporte de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones: la insuficiencia de la norma legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones -art. 579 LECrim, en su redacción por la LO nº 4/1988, de 25 de mayo- y, con carácter subsidiario al anterior, la falta de necesidad y adecuación –proporcionalidad- de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones telefónicas: sostuvieron los recurrentes la insuficiencia de la norma habilitante para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones -art. 579 LECrim reformado por LO nº 4/1988, de 25 de mayo-, por cuanto no satisface las exigencias requeridas de forma reiterada por el TEDH al interpretar el art. 8.1 CEDH. Recordemos que el TEDH desde sus primeras resoluciones -*casos Malone, Klass* y otras Sentencias- ha declarado que el requisito establecido en el art. 8.1 CEDH referido a que la injerencia "esté prevista en la ley" se desglosa en una doble exigencia: que la medida de intervención telefónica se fundamente en el "Derecho interno", esto es, que exista una ley en sentido formal y amplio que prevea la posibilidad de dicha medida y que la norma que la prevea sea asequible al ciudadano para que adecúe su conducta -calidad de la ley-; es decir, que las normas sean precisas, claras y detalladas. Así, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, la ley "debe utilizar términos lo suficientemente claros para indicar a todos en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a los poderes públicos para adoptar tales medidas".¹³² En conclusión, se afirmaba que ni el art. 579 LECrim ni el

¹³¹ La STS nº 1335/2001, de 19 de julio, realiza un interesante trabajo respecto de la denuncia anónima como posible fuente lícita de la llamada *notitia criminis*, así como la admisión de la licitud de las intervenciones telefónicas y su valor probatorio, en la línea que había recogido el Tribunal de instancia.

¹³² En ese sentido, razonaron los recurrentes que, si bien la STEDH del *caso Valenzuela* se refería a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal previa a la reforma de 1988, sin embargo, la nueva redacción no satisface los requisitos de calidad –previsibilidad- de la ley expuestos. En particular, afirmaban que siguen sin definirse las categorías de personas a vigilar, ni la naturaleza

art. 18.3 de la CE reunían las condiciones necesarias para asegurar la previsibilidad de la "ley" de conformidad con el criterio del TEDH, por lo cual –y ello consideramos que es muy interesante- se formuló solicitud al Tribunal de que se plantease la cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 579 LECrim.,¹³³ entendiéndose que sólo desde un “posicionamiento enérgico, firme e inequívoco de este TC” como el que se derivaría de la declaración de que el art. 579 de la LECrim. no satisface las garantías del Convenio de Roma, y que las mismas no podían ser suplidas por vía jurisprudencial por ser materia reservada a la Ley, podría tomar buena cuenta el Gobierno y el legislador español; a su vez, adujeron los demandantes de amparo la falta de proporcionalidad de las medidas restrictivas del secreto de las comunicaciones, pues las resoluciones judiciales de adopción de la medida y de prórroga no ponderaron su necesidad y adecuación. En ese sentido, tras una exposición detallada del *iter* de la investigación y desarrollo inicial de la instrucción y la exposición resumida de los requisitos que han de reunir las resoluciones judiciales que autorizan las intervenciones telefónicas con citas de las STC nº 114/1984, nº 49/1999, nº 171/1999, se alegaba -siguiendo el orden de análisis de las mismas- las distintas irregularidades, en su opinión, cometidas, para con posterioridad (págs. 47 a 66) razonar la relevancia constitucional de todos los defectos alegados respecto de cada uno de los autos de intervención y prórroga de las líneas telefónicas. En concreto, se alegaba: ausencia de indicios de criminalidad, sólo hay meras conjeturas, al autorizar las primeras intervenciones telefónicas, dado que las diligencias se inician con un anónimo y un anónimo nunca puede justificar por sí la intervención telefónica; los autos de intervención y sus prórrogas carecen de motivación y están estereotipados; no se practicaron diligencias complementarias de investigación de los hechos antes de la adopción de la medida; la primera prórroga - auto de 27 de febrero de 1992- se otorga sin que el juez estudie, conozca y examine la cinta original grabada por la policía, es decir, sin conocimiento del resultado de las

de los delitos que justifican la intervención; que la redacción dada al tiempo máximo de la intervención y la posibilidad de sus prórrogas sucesivas hace absolutamente ilusoria toda afirmación sobre los límites temporales de la medida; finalmente, se alude también a la ausencia de referencias a las medidas y precauciones a adoptar para garantizar que las grabaciones efectuadas se comunican y trasladan a la autoridad judicial intactas y completas para su eventual control por el juez y las defensas. Así, la indeterminación y amplitud del actual art. 579 LECrim habrían sido puestas de relieve por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tanto en el Auto 18 de junio de 1992 —denominado auto *caso Naseiro*—, como en la STS de 7 de noviembre de 1997, si bien en esta Sentencia sostiene el Tribunal Supremo que las deficiencias de la ley han sido subsanadas a través de la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo. Alegan los recurrentes que la insuficiencia de la previsión legal no puede ser suplida por los Tribunales atendiendo a los criterios del TEDH, pues no corresponde al Juez legislar en tan delicada materia ni sustituir con su actuación las deficiencias legales.

¹³³ Tal como se había hecho en la STC nº 47/2000, de 17 de febrero, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, respecto de los arts. 503 y 504 párrafos 1 y 2 LECrim., referidos a la prisión provisional.

escuchas ya realizadas; las intervenciones carecieron de control judicial, ya que la policía efectuó la selección de las conversaciones grabadas en las cintas y las transcripciones se realizaron sin la adecuada contradicción de las partes, como la propia Audiencia Provincial admitió, sin que se pueda subsanar dicho déficit en el plenario; además, no consta transcripción y cotejo posterior de las cintas originales que fueron finalmente remitidas al juzgado el 17 de agosto de 1992, y las partes no fueron convocadas a las audiciones de las cintas, que se iniciaron el 1 de octubre de 1992; las diligencias y las sucesivas autorizaciones se concedieron por un delito de malversación de caudales públicos y sin embargo las condenas lo fueron por delitos distintos -revelación de secretos, tráfico de influencias, cohecho y falsedad en documento mercantil-; además, se ha de tener en cuenta que la ley española, a pesar de lo exigido por el TEDH, no enumera los delitos cuya investigación puede fundar una intervención telefónica proporcionada.

En segundo término, consideraron vulnerados los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia -art. 24.2 CE-, pues entendieron que la sentencia condenatoria se fundamentó en la valoración de pruebas nulas, dada la nulidad de las irregulares intervenciones telefónicas. Con citas, especialmente, de las STC nº 81/1998, nº49/1999, nº 171/1999, argumentaron la nulidad de todas las pruebas obtenidas directa o indirectamente de las intervenciones telefónicas, fundamentando la existencia de conexión de antijuridicidad entre las intervenciones telefónicas y todas las pruebas posteriores, pues todas las diligencias posteriores a las intervenciones "encuentran su razón de ser y justificación" en los conocimientos adquiridos a través de las intervenciones telefónicas.¹³⁴

Nos parece relevante que el Ministerio Fiscal interesó la estimación del amparo de los recurrentes, exclusivamente en base a los siguientes términos: de una parte, analizó todos los autos de intervención telefónica junto a sus correspondientes solicitudes policiales, concluyendo que no contenían los elementos imprescindibles sobre los indicios delictivos y sobre la conexión de las personas afectadas por las intervenciones telefónicas; además, señaló que algunas de las prórrogas de las intervenciones telefónicas fueron pedidas y autorizadas fuera de

¹³⁴ Sostenían los recurrentes que, en definitiva, no se podía dar eficacia probatoria a las conversaciones que no podían acceder al proceso, ni a través de las transcripciones, ni mediante la audición de los soportes, ni mediante la declaración testifical de los agentes que participan en su práctica. De modo que la valoración de pruebas sobre las que pesa la prohibición de su valoración sería constitutiva de la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y paralelamente del derecho a la presunción de inocencia dado que todas las pruebas en las que se habría sustentado la condena de los recurrentes estarían viciadas de nulidad.

plazo, esto es, una vez finalizado el período de intervención autorizado con anterioridad.¹³⁵ Ahora bien, el Ministerio Fiscal sostuvo que el principio de proporcionalidad habría sido observado en las intervenciones telefónicas dado que la solicitud inicial describía una conducta de actividad delictiva grave, pese a lo erróneo de su calificación jurídica. No obstante, en cuanto a la tacha de ausencia de control judicial, partiendo también de la doctrina constitucional con base en la cita de la STC n° 167/2002, de 18 de septiembre, razonó el Ministerio Fiscal que ciertamente se constataban las deficiencias en el control judicial, dado que los informes policiales sobre el resultado de las intervenciones fueron notoriamente vagos. Además, se observaban una sucesión de peticiones de intervenciones de teléfonos que se demostraban erróneas e inútiles, omitiendo toda dación de cuenta efectiva del resultado de dicha intervención, pues desde el inicio sólo se remitieron conversaciones captadas por uno de ellos, que son a las que casi con exclusividad se refieren las Sentencias pronunciadas.¹³⁶

Por otra parte, en cuanto a las vulneraciones de los derechos al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, partió el Ministerio Fiscal de la doctrina constitucional sobre la nulidad de las pruebas obtenidas de forma inmediata mediante actos que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones y la necesidad de que entre las pruebas iniciales y las derivadas exista una conexión de antijuridicidad para que la nulidad de las primeras pueda transmitirse a las derivadas; advirtiendo el Ministerio Fiscal que la constatación de dicha conexión no

¹³⁵ El Ministerio Fiscal examinó, en primer término, el contenido del anónimo, de la solicitud policial y del auto de 28 de enero de 1992, concluyendo que el Auto de autorización, ni siquiera integrado con la solicitud policial, contiene los elementos imprescindibles para aceptar su legitimidad constitucional. En particular, afirmó que había una total ausencia de expresión de los elementos objetivos que pudieran servir de soporte a la investigación policial, de modo que ésta se convierte en puramente prospectiva "al sustentarse en meras hipótesis o en la pura y simple sospecha". Respecto de una de las personas, cuyos teléfonos se solicitó la intervención, se limitaba a afirmar la realización de determinada actividad, sin aportar dato alguno que lo advere, y respecto de la otra se limita a narrar que contra ella se han efectuado imputaciones de actividades delictivas, de modo que, como ya ha aclarado la STC n° 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, "el hecho en que el delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia". Así, en definitiva se trataba de meras sospechas, por lo que no puede afirmarse la existencia de motivación en el Auto que no había incorporado, por su propia inexistencia, razones que permitieran entender que hubo ponderación judicial alguna, ni de la existencia de un delito concreto, ni de su relación con las personas de las que se solicitó la intervención telefónica. Del mismo modo, el Ministerio Fiscal señaló que de idéntico defecto de motivación adolecería el auto de 27 de febrero de 1992.

¹³⁶ En consecuencia, sostuvo el Ministerio Público, el Juez no había efectuado seguimiento alguno de las vicisitudes de la inmensa mayoría de las intervenciones autorizadas por él, por cuanto de ellas no se le proporcionó información. Igualmente, se insistió en que no se respetaron los plazos en la dación de cuentas y en el dictado de las prórrogas y, por último, se omitió también acreditación temporánea del momento del cese de las últimas intervenciones. De todo ello fluyó, en opinión del Ministerio Fiscal, una actuación judicial consistente en exclusividad en atender las peticiones policiales, fuera cual fuera el sentido y tenor de éstas.

es juicio de hecho sino de experiencia, que, si bien la Audiencia Provincial no realizó al partir de la legitimidad constitucional de las primeras intervenciones, podía ser objeto de revisión. Así, sostuvo el Ministerio Fiscal que en este caso se daba conexión causal y conexión de antijuridicidad, dado que todo lo ocurrido en este caso, todo el desarrollo probatorio en la instrucción y en el plenario, traía causa de las escuchas telefónicas, por lo que, en definitiva, el Ministerio Fiscal interesó que se declarase vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, se anulasen las Sentencias recurridas en amparo y que se retrotrajeran las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia por la Audiencia Provincial a fin de que se resolviese sobre la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre las pruebas rechazadas y las restantes, así como sobre la suficiencia de las mismas para sustentar la condena. Finalmente, propuso rechazar la demanda en todo lo demás.¹³⁷

El TC resolvió en el sentido de poner de manifiesto que el art. 579 LECrim. adolecía de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisfacía los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 de la CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 de la CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH, tal y como había señalado anteriormente.¹³⁸

En ese sentido, se destacó que de la lectura del precepto legal resultaba la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las

¹³⁷ Por tanto, de la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones derivaba la prohibición de admitir como prueba en el juicio oral y de dar eficacia probatoria al contenido de las conversaciones intervenidas -que no debían acceder a él ni a través de las cintas, ni de sus transcripciones, ni mediante la declaración testifical de los agentes que participaron en la intervención-, de modo que su incorporación al proceso y su valoración implicaba desconocimiento de las garantías del proceso justo.

¹³⁸ La resolución recuerda que en la STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, en la que proyectó a partir de nuestra Constitución dichas exigencias, dijo que se concretan en: "la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad".

condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por consiguiente, el TC resolvió que el art. 579 LECrim. no era por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas -art. 18.3 de la CE-.

Del mismo modo, señaló que tampoco regulaba expresamente y, por tanto, con la precisión requerida por las exigencias de previsibilidad de la injerencia en un derecho fundamental, las condiciones de grabación, custodia y utilización en el proceso penal como prueba de las conversaciones grabadas de los destinatarios de la comunicación intervenida, pues el art. 579 LECrim. sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican. A estos efectos, consideró que resulta conveniente señalar que al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican,¹³⁹ pues en el caso que estamos tratando no existía norma de cobertura específica no sólo por las insuficiencias de regulación ya expuestas, sino porque los recurrentes de amparo no eran ni los titulares ni los usuarios habituales de ninguna de las líneas de teléfono intervenidas sino personas con quienes se pusieron en contacto telefónico aquéllos cuyas líneas telefónicas estaban intervenidas, siendo dichas conversaciones utilizadas como prueba en el proceso al ser introducidas en el mismo mediante la escucha directa de las cintas en las que se grabaron. El TC consideró que se vulneró su derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas sin que el art. 579 LECrim. habilite expresamente dicha injerencia en el derecho de terceros, inicialmente ajenos al proceso penal.

¹³⁹ Y mencionaba en este sentido el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2, párrafo 2, y 20.1.d CE), o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE).

A continuación, señaló que la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la "ley" en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales.¹⁴⁰

Respecto a la solicitud planteada de cuestión de inconstitucionalidad del art. 579 LECrim., el TC recordó que la cuestión versaba sobre un precepto con un núcleo o contenido constitucionalmente válido, pero insuficiente, esto es, sobre un defecto de ley.¹⁴¹ Así, el ejercicio del Tribunal en su tarea depuradora de normas contrarias a la CE 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- produciendo un vacío mayor, ya que los intereses constitucionalmente relevantes que con el art. 579.3 LECrim. se tutelan se verían absolutamente desprotegidos por cuanto aquella declaración podría comportar, cuando menos, la obligación de los poderes públicos de inaplicar la norma viciada de inconstitucionalidad. Por ello, advirtió que el resultado de inconstitucionalidad al que se llegase entraría en conflicto con las exigencias mismas del art. 18.3 de la CE, pues se dejaría el ordenamiento desprovisto de cualquier habilitación legal de injerencia en las comunicaciones telefónicas, agravando la falta de certeza y seguridad jurídicas de las situaciones ordenadas por el art. 579 LECrim. hasta que el legislador no completase el precepto reparando sus deficiencias a través de una norma expresa y cierta. Por tanto, el Tribunal señalaba que es al legislador a quien correspondía, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando el precepto legal, emplazándole a que ello se produjera en el término más breve posible, y que mientras tanto debían ser los tribunales los que debían unificar su doctrina en materia de intervenciones telefónicas.

¹⁴⁰ En la línea de lo que ya se había puesto de manifiesto en la STC nº 169/2001, de 16 de julio, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Julio Diego González Campos.

¹⁴¹ Por lo que la cuestión no se resolvería adecuadamente a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el mecanismo de control de constitucionalidad de la ley que el art. 55.2 LOTC ordena con carácter consecuente a la estimación del recurso de amparo está previsto para actuar sobre disposiciones legales que en su contenido contradicen la CE, pero no respecto de las que se avienen con aquélla y cuya inconstitucionalidad deriva no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia, deficiencias que pueden predicarse del art. 579 LECrim. sin otro precepto que lo complementa, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

3.2) La solución jurisprudencial: el ATS de 18 de junio de 1992.

Cuando el TEDH dictó la Sentencia del *caso Valenzuela Contreras vs. España* -año 1998-, ya se había introducido en nuestro ordenamiento jurídico la reforma de la LECrim. del año 1988, que -de algún modo- pasaba a regular las escuchas telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico, si bien -como hemos visto- los hechos objeto del procedimiento eran anteriores a dicha reforma.

Del mismo modo, cuando el TEDH dictó la Sentencia del *caso Prado Bugallo vs. España* -año 2003-, las escuchas telefónicas en nuestro país ya tenían soporte procesal en la mencionada reforma del año 1988, y los hechos objeto del procedimiento eran posteriores a la misma, pero el TEDH consideró insuficiente la reforma del año 1988.

El TS ya se había pronunciado respecto de la reforma normativa del año 1988 por considerarla insuficiente, y ofreció una solución jurisprudencial efectuando una interpretación complementaria de la norma mediante el ATS de 18 de junio de 1992, consistente en “llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes...”.

Por ello, y como hemos hecho con anterioridad, pasemos a desarrollar brevemente el *iter* de este auto de 1992: en cuanto a su planteamiento fáctico, las investigaciones tienen su origen en noviembre del año 1989, cuando el Jefe Superior de Policía de Valencia solicita a un Juzgado de Instrucción la intervención telefónica de un número relacionado con un presunto delito de tráfico de drogas, acordándose la intervención solicitada por plazo no superior a un mes, transcurrido el cual se solicita la correspondiente prórroga pues la investigación seguía su curso. Ello no pudo llevarse a cabo, toda vez que en ese período de tiempo, y de conformidad con la entrada en vigor de la Ley de Planta y Demarcación Judicial,¹⁴² el órgano instructor que había autorizado la intervención inicial pasó a convertirse en un juzgado de lo penal. Por dicho motivo, la autoridad policial se dirigió al juzgado de instrucción en funciones de guardia en ese momento, solicitando la intervención, si bien omitiendo que se trataba de una prórroga respecto de una autorización previamente llevada a cabo; tras la correspondiente autorización, y como consecuencia de las escuchas, pasa a tenerse noticia de la existencia de un posible

¹⁴² Ley nº 38/1988, de 28 de diciembre.

delito de cohecho del cual serían responsables, entre otras personas, el hermano de la persona cuyo teléfono estaba intervenido, así como un diputado.

Una vez detenidas y sometidas a juicio las personas implicadas en el caso, se produjeron determinadas irregularidades de carácter grave que el Tribunal Supremo se encargó de poner de manifiesto -considerando que la intervención telefónica era nula de pleno derecho- toda vez que se había producido con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que se inadmitió la prueba obtenida de modo ilegal.

El ATS de fecha 18 de junio de 1992 señaló que los autos autorizantes de las intervenciones telefónicas carecían de motivación suficiente, no se habían entregado las cintas originales al Juzgado, sino únicamente copias sin el correspondiente cotejo, por lo que se daba en el caso una clara ausencia de control judicial en la ejecución de la medida, así como del principio de proporcionalidad.¹⁴³

Ahora bien, si -como hemos visto con anterioridad- de los postulados del TEDH se podría extraer como conclusión que el ATS de 18 de junio de 1992 constituye un cuerpo sólido y garante del cumplimiento de las exigencias que la jurisprudencia europea requiere en torno al art. 8.2 CEDH¹⁴⁴ y, muy especialmente, con el requisito de la calidad de la ley, el cual -como hemos visto- ha supuesto la condena de nuestro país en dos ocasiones, por parte de la doctrina más especializada¹⁴⁵ se ha negado al citado auto la eficacia vinculante que el TEDH ha reconocido a la jurisprudencia como norma no escrita para que pueda ser reconocida como complemento admisible de la ley, derivando dicha crítica del procedimiento mismo en el que la decisión se adoptó; esto es, de la resolución de una cuestión previa planteada en las sesiones de acto de juicio oral de un procedimiento abreviado, cuya competencia correspondía al TS dada la circunstancia de que algún acusado era aforado, por lo que no fue una decisión sobre el recurso de casación -el cual conceptualmente tiene reservada la misión de salvaguarda de la unidad de aplicación del orden jurídico a través de la resolución de

¹⁴³ Por su interés, Cfr. NOYA FERREIRO, M^º. L., "Comentario al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992", *Revista Derecho* n^º 1, Volumen 2, Santiago de Compostela, 1993, pp. 395 y ss.

¹⁴⁴ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., "Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: La reforma del art. 579 LECrim", *Uned, Boletín de la Facultad de Derecho* n^º 27, Madrid, 2005, pp. 75.

¹⁴⁵ PÉREZ DEL VALLE, C., "Las intervenciones telefónicas en el Derecho español: De la perplejidad al olvido", pp. 6 y 7.

recursos-, lo que llevaría a sostener que con gran dificultad podría admitirse que aquella decisión resultase vinculante a tribunales inferiores.

Además, no puede olvidarse que, en realidad, el TEDH no se ha pronunciado sobre un examen a fondo del mencionado ATS de 18 de junio de 1992, con el objeto de valorar si el mismo puede colmar las deficiencias del art. 579 LECrim., pues en los casos en los que se ha dictado resoluciones contra nuestro país las escuchas telefónicas objeto de estudio eran anteriores a la promulgación del mismo, si bien parece de obligada mención la existencia de otra resolución judicial del TEDH, como es el *caso Abdulkadir Coban vs. España*, de fecha 25 de septiembre de 2006, pero en este procedimiento la demanda fue inadmitida. El TEDH señaló que la injerencia tenía una base legal -art. 579 LECrim- en lo referente a la justificación de la medida, aunque reconoció el desarrollo jurisprudencial efectuado por nuestros tribunales como labor complementaria a la norma reguladora de la injerencia durante el período de tiempo transcurrido entre la decisión del caso *caso Prado Bugallo vs. España* y el asunto de la presente demanda.

Por consiguiente, la postura del TEDH nos lleva a plantearnos la posibilidad de que en nuestro derecho las decisiones jurisprudenciales puedan tener un efecto vinculante similar a la ley. Realmente -tal y como hemos visto-, el TEDH consideró que las garantías establecidas en la reforma legal de 1988 no respondían debidamente a todas las condiciones exigidas por su jurisprudencia para poder evitar abusos del Estado frente a los particulares; es decir, se plantea la problemática de si un defecto o carencia de carácter normativo puede ser colmado exclusivamente por la labor de nuestros Tribunales y su jurisprudencia o, por el contrario, debe ser al legislador a quien le corresponde dar cumplida solución a la cuestión.

La doctrina ha planteado que en los últimos tiempos hemos asistido una constante inclinación hacia la revisión del papel que las decisiones judiciales anteriores en el tiempo pueden llegar a jugar para la previsión, el control y la solución de los casos futuros.¹⁴⁶ Los postulados que recoge el TEDH en sus resoluciones nos puede llevar a un auténtico traspaso de conceptos en las actitudes doctrinales y a una serie de rápidos cambios estructurales en la organización jurídica, probablemente motivados por un revisionismo conceptual tendente a transformar y consolidar de modo progresivo una armonización jurídico-legal entre

¹⁴⁶ GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, T., "La controversia sobre el precedente judicial: Un clásico del Derecho en constante renovación", *Revista Foro, Nueva Época* n^o 4, Madrid, 2006, p. 127.

los dos sistemas de Derecho que conviven en Europa, esto es, el Derecho continental y el modelo *Common Law*, donde la jurisprudencia sí que es fuente del derecho y, por consiguiente, en países como Reino Unido la injerencia en el secreto de las comunicaciones es considerada lícita si la doctrina jurisprudencial así lo prevé.

Ciertamente, hemos presenciado un significativo cambio desde las concepciones que manifestarían su contrariedad de forma radical a tal posibilidad, basadas principalmente en dos motivos: de una parte, que en el ordenamiento jurídico español la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho (art. 1.1 CC: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”); y, de otra parte, que la facultad de crear Derecho viene reservada a las Cortes Generales, tal y como recoge nuestro texto constitucional en su art. 66.2, lo que nos llevaría a la idea de que la fuerza jurídica de la sentencia no puede ir más allá del caso concreto que se haya planteado y que, por tanto, debe afectar únicamente a las partes del proceso.

Frente a esta idea, existe la posibilidad de entender ese carácter o fuerza vinculante de la jurisprudencia, la cual se basa también en sólidos argumentos como serían, por un parte, la integración que la misma tiene en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”), lo cual sin duda supone garantizar la seguridad jurídica y, por otra parte, la inexcusable obligación de los jueces de fallar y resolver aun en los casos en los que exista ausencia de norma escrita, siendo pacífico sostener que la forma en que se supla la ausencia normativa por parte de los jueces y tribunales se inspire en criterios universales -principio de generalidad del Derecho-, pues sólo de ese modo podrá conseguirse una auténtica seguridad jurídica -principio de seguridad jurídica- que se funde en la expectativa de la aplicación uniforme del Derecho.¹⁴⁷

De todo ello, se desprende la admisión de la posibilidad de que la tarea de creación judicial del Derecho tenga encaje en nuestro ordenamiento jurídico para remediar las limitaciones de la norma escrita, otorgándole carácter vinculante a la jurisprudencia sin que ello suponga una “usurpación” de funciones respecto de la

¹⁴⁷ LÓPEZ GUERRA, L., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 442, Navarra, 2000, p. 2.; por su interés, Cfr. PESQUEIRA ZAMORA, M.J., NUEVO LÓPEZ, P., ARIAS DÍEZ, M.I., y otros, *Introducción al Derecho, Parte General y Parte Especial*, Coordinadores CORTÉS PACHECO, C. y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, A., Dykinson, Madrid, 2015.

tarea del legislador; lo cual, a su vez, encontraría amparo en la propia doctrina del TEDH, ya que -como hemos visto en las sentencias analizadas en este trabajo- dicho tribunal en realidad no se ha manifestado en el sentido de plantear una exigencia de que fuese una ley la que regulase la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, otorgando de ese modo a la jurisprudencia un carácter integrador como fuente habilitadora de las escuchas telefónicas mientras se respete el requisito de calidad de la ley.

Por ello, consideramos importante defender el valor de la jurisprudencia como tal, en la línea planteada por la doctrina,¹⁴⁸ pues no siempre el conjunto de materiales integrantes de nuestro ordenamiento jurídico permiten otorgar clara solución a la casuística que se plantea a diario en nuestros juzgados y tribunales, lo cual permite teóricamente ganar en seguridad jurídica. Así, la idea de unificar criterios judiciales que den respuesta a controversias jurídicas parece loable. Ahora bien, ya que es posible esa búsqueda de unidad de solución, en nuestra opinión, y desde la óptica del justiciable, la creación judicial del Derecho podría ser causa evidente de inseguridad jurídica, tanto por la imprevisibilidad de las futuras resoluciones judiciales como por sus posibles cambios de criterio.

Por consiguiente, ya que una de las principales características del derecho penal moderno es que sólo las leyes, no la voluntad del juez, pueden crear los delitos y sus penas,¹⁴⁹ por analogía a las reglas del proceso lo realmente deseable sería disponer siempre de una mejor regulación legal de la materia, en la línea de lo manifestado por algún sector doctrinal,¹⁵⁰ ya que si bien existe una base suficiente para defender la legalidad de este tipo de medidas, ello no excluye que suponga mayor garantía la tarea del legislador, pues es al mismo a quien corresponde el remedio de las situaciones creadas mejorando el precepto legal -que es lo que consideramos que realmente otorga seguridad jurídica-, de modo que el papel de la jurisprudencia quede algo más limitado, tal y como el propio legislador ha reconocido y veremos a continuación.

¹⁴⁸ Cfr. entre otros, como una mención de interés sobre la cuestión, BACIGALUPO ZAPATER, E., "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", *Estudios de Derecho Judicial* n° 34, Madrid, 2001; y más recientemente OROZCO MUÑOZ, M., *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Madrid, 2011.

¹⁴⁹ JAÉN VALLEJO, M., *Los principios superiores del derecho penal*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Dykinson, Madrid, 1999, p.9.

¹⁵⁰ CATALÁ I BAS, A., "La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias", *Revista del Poder Judicial* n° 66, Madrid, 2002, p. 71.

3.3) La reforma de la ley.

3.3.1) Otras disposiciones normativas.

La garantía del derecho al secreto de las comunicaciones establecida en el art. 18.3 de la CE se recoge o desarrolla también en otras disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, las cuales mencionaremos a continuación por su carácter complementario respecto al objeto principal de este trabajo.

a) Derecho privado, laboral y administrativo.

Así, en el ámbito civil destaca la LO nº 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen, cuyo art. 7 - en su apartado 2-, considera una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de dicha Ley “la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”.

Por su parte, en el ámbito laboral, y en base al art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores,¹⁵¹ debe mencionarse la potestad que tiene el empresario de verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, así como la necesidad de proteger a la empresa de pagos de indemnizaciones por perjuicios que causen sus empleados, situaciones ambas que pueden llevar al empleador a conocer las llamadas telefónicas laborales de sus empleados, cuestión que, a su vez, debe ser conocida y aceptada por los mismos.¹⁵²

A su vez, en la LO nº 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, encontramos una regulación más completa de la materia objeto de estudio, puesto que regula las intervenciones que

¹⁵¹ Art. 20.3 del RDL nº 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.”

¹⁵² CASABIANCA ZULETA P., *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Bosch, Barcelona, 2016, p.310, quien cita a ROQUETA BUJ, R., “El Derecho a la Intimidad de los Trabajadores”, *Protección Jurídica de la Intimidad*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 422 y ss. para fijar los criterios que permiten diferenciar las llamadas personales de las de carácter laboral.

realiza el Centro Nacional de Inteligencia con mayor detalle que la LECrim., si bien tampoco resulta lo suficientemente precisa y concreta en ciertos aspectos como, por ejemplo, en lo que se refiere a las garantías de la ejecución o a los elementos que integran el juicio de proporcionalidad.¹⁵³

Otro ámbito específico que regula la intervención de las comunicaciones se contiene en la LO n° 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que de conformidad con su art. 1, una vez iniciado el procedimiento concursal, el Juez de lo Mercantil puede autorizar mediante resolución motivada, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la intervención de las comunicaciones del deudor, exigiendo dicha normativa concursal expresamente la idoneidad de la medida y la proporcionalidad entre el alcance de la medida y el resultado u objeto perseguido.¹⁵⁴

¹⁵³ La LO n° 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, y que es complementaria de la LO n° 11/2002, de 7 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, posee un Art. Único:

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

2. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que deberá contener 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.”

¹⁵⁴ Art. 1: “Efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado.1. Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas:

1. La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.
2. El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario.

Igualmente, debe mencionarse La Ley General de Telecomunicaciones nº 32/2003, de 3 de noviembre, que en su art. 33¹⁵⁵ -manteniendo la línea dispuesta anteriormente en su antecesora Ley nº 11/1998, de 24 de abril-, dispone que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los arts. 18.3 y 55.2 de la CE, debiendo adoptar en ese sentido las medidas técnicas necesarias, y recogiendo la obligatoriedad de que los operadores realicen las interceptaciones que se autoricen, de acuerdo con lo establecido en el art. 579 LECrim., así como en la LO nº 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

A su vez, en similares términos se manifiesta el art. 18.g) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el RD nº 424/2005, de 15 de abril, según el cual los operadores que exploten redes

3. La entrada en el domicilio del deudor y su registro.

2. Si se tratare del concurso de una persona jurídica, las medidas previstas en el apartado anterior podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores.3. La adopción de cualquiera de las medidas descritas en el apartado 1 de este artículo se acordará previa audiencia del Ministerio Fiscal y mediante decisión judicial motivada, conforme a los siguientes criterios:

- a. La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso;
- b. El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta;
- c. La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido;
- d. La duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. Durante el tiempo de vigencia de la medida, el juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese.

4. La intervención de las comunicaciones telefónicas deberá realizarse conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.5. La autorización judicial de entrada y registro en el domicilio del deudor o de las personas a las que se refiere el apartado 2 de este artículo, cuando nieguen su consentimiento, habrá de basarse en indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o en la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra precedente.6. Las decisiones judiciales estimatorias podrán ser recurridas en apelación por el deudor en el plazo de cinco días, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial. Este recurso tendrá tramitación preferente.”

¹⁵⁵ Este artículo se encuentra incluido dentro del Capítulo III, bajo la rúbrica “Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas”, y fue redactado por el apartado uno de la Disposición Final Primera de la Ley nº 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones. En la actualidad existe un Anteproyecto para una nueva Ley General de Telecomunicaciones, que también garantiza el secreto de las comunicaciones.

públicas de comunicaciones electrónicas deberán procurar la seguridad de las redes públicas contra el acceso no autorizado así como garantizar la confidencialidad de los mensajes transmitidos y el secreto de las comunicaciones.

Del mismo modo, el art. 5.2 del RD nº 899/2009, de 22 de mayo, en virtud del cual se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, dispone que los operadores no podrán acceder a la línea de un usuario final sin su consentimiento expreso e inequívoco.

También deben recordarse tanto la Ley nº 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, así como la Ley nº 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Por otra parte, en el ámbito de la Unión Europea deben tenerse especialmente presentes las Directivas 2006/24/CE sobre conservación de datos de tráfico generados o tratados como consecuencia de una comunicación o de un servicio de comunicación, por parte de los operadores de telecomunicaciones, y la 2002/58/CE, sobre comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE.

Asimismo, en cuanto a los Convenios Internacionales que regulan la cooperación judicial penal, debemos destacar el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, ratificado por España en fecha de 27 de enero de 2003 y que entró en vigor en fecha de 23 de agosto de 2005, el cual dedica sus arts. 17 a 22 a cómo debe practicarse esta diligencia mediante la asistencia judicial internacional, regulando las autoridades competentes para ordenar la intervención de las comunicaciones, siendo lo más destacable el modo de proceder para su solicitud,¹⁵⁶ la intervención de

¹⁵⁶ Art. 18. Solicitudes de intervención de telecomunicaciones.

“1. A efectos de una investigación penal, una autoridad competente del Estado miembro requirente podrá cursar, de conformidad con lo dispuesto en su Derecho interno, a una autoridad competente del Estado miembro requerido:

a. una solicitud de intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones al Estado miembro requirente, o bien

b. una solicitud de intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación al Estado miembro requirente.

2. Las solicitudes previstas en el apartado 1 podrán cursarse en relación con la utilización de medios de telecomunicación por parte de la persona objeto de la intervención, siempre que dicha persona se encuentre en:

a. el Estado miembro requirente, y éste precise de la asistencia técnica del Estado miembro requerido para intervenir las comunicaciones de dicha persona;

las comunicaciones por medio de proveedores de servicios, así como la intervención sin la asistencia técnica de otro Estado miembro; del mismo modo, referencia por su implícita conexión debe hacerse al Convenio sobre ciberdelincuencia, de fecha 23 de noviembre de 2001, ratificado por España en fecha de 20 de mayo de 2010, el cual también establece la obligatoriedad de la cooperación, disponiendo en ese sentido que la asistencia se regirá por las condiciones y procedimientos regulados en la normativa del Estado requerido.

b. el Estado miembro requerido, siempre que las comunicaciones de dicha persona puedan ser intervenidas en ese Estado miembro;

c. un tercer Estado miembro al que se haya informado de conformidad con la letra a del apartado 2 del artículo 20, y el Estado miembro requirente precise de la asistencia técnica del Estado miembro requerido para intervenir las comunicaciones de dicha persona.

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 14 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial y en el artículo 37 del Tratado Benelux, las solicitudes con arreglo al presente artículo incluirán los siguientes datos:

a. autoridad que formula la solicitud;

b. confirmación de que existe un mandamiento o una orden de intervención legal en relación con una investigación penal;

c. información para identificar a la persona objeto de la intervención;

d. conducta delictiva que se investiga;

e. duración deseada de la intervención;

f. si es posible, datos técnicos suficientes, en particular el número pertinente de conexión a la red, a fin de garantizar que pueda ejecutarse la solicitud.

4. Cuando se trate de una solicitud cursada en virtud de lo dispuesto en la letra b del apartado 2, la solicitud deberá incluir también un resumen de los hechos. El Estado miembro requerido podrá exigir cualquier información adicional que le permita decidir si él mismo habría adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares.

5. El Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a las solicitudes previstas en la letra a del apartado 1:

a. en el caso de las solicitudes cursadas de conformidad con lo dispuesto en las letras a y c del apartado 2, cuando se le facilite la información indicada en el apartado 3. El Estado miembro requerido podrá autorizar la intervención sin más formalidades;

b. en el caso de las solicitudes cursadas de conformidad con lo dispuesto en la letra b del apartado 2, cuando se le facilite la información indicada en los apartados 3 y 4 y a condición de que él mismo hubiera adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares. El Estado miembro requerido podrá supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares.

6. Si no resultare posible la transmisión inmediata, el Estado miembro requerido se comprometerá a acceder a las solicitudes previstas en la letra b del apartado 1 cuando se le facilite la información indicada en los apartados 3 y 4 y a condición de que él mismo hubiera adoptado la medida solicitada en un caso nacional de características similares. El Estado miembro requerido podrá supeditar su consentimiento a las condiciones que deberían observarse en un caso nacional de características similares.

7. Todo Estado miembro podrá declarar, al efectuar la notificación prevista en el apartado 2 del artículo 27, que estará sujeto al apartado 6 sólo cuando no le sea posible ofrecer la transmisión inmediata. En tal caso, los demás Estados miembros podrán aplicar el principio de reciprocidad.

8. Al cursar una solicitud con arreglo a la letra b del apartado 1, el Estado miembro requirente también podrá, cuando tenga razones concretas para ello, solicitar una transcripción de la grabación. El Estado miembro requerido estudiará estas solicitudes con arreglo a su Derecho interno y a sus procedimientos nacionales.

9. El Estado miembro que reciba la información facilitada con arreglo a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 tratará esta información como confidencial con arreglo a su Derecho interno.”

b) Derecho militar.

En el ámbito estrictamente militar, también encontramos normativa reguladora de las intervenciones telefónicas y el secreto de las comunicaciones en la LO nº 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, en cuyos arts. 188 y 189 se establecen determinados requisitos para que se pueda acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado.¹⁵⁷ Nos parece interesante la aportación de una parte de la doctrina, la cual destaca la necesaria actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos,¹⁵⁸ pues la norma regula que debe existir una previa audiencia al mismo antes de que el Juez Togado pueda acordar mediante auto la medida de injerencia, así como la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Militar del TS, la cual recuerda que las intervenciones telefónicas deben ser necesarias, lícitas, motivadas y proporcionadas, así como que son únicamente de aplicación en la investigación de delitos que deben ser graves y no en meras diligencias disciplinarias militares, pues dicha sentencia recoge que “los delitos de menor gravedad no justifican la adopción de una intervención telefónica, con mayor razón no pueden justificar los datos relativos a una falta disciplinaria”.¹⁵⁹

c) Derecho penitenciario.

En cuanto a las disposiciones existentes respecto a personas privadas de libertad, nuestro texto constitucional garantiza expresamente que gozan de derechos fundamentales, por lo que tienen derecho a comunicarse. Ahora bien, la propia CE prevé restricciones que pueden provenir del contenido del fallo condenatorio, del sentido de la pena y de la ley penitenciaria;¹⁶⁰ así, el derecho al secreto de las comunicaciones no tiene tampoco un carácter absoluto en el caso de personas privadas de libertad pues le afectan determinadas limitaciones, tal y como ha

¹⁵⁷ Art. 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.”

Art. 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.”

¹⁵⁸ ALONSO PÉREZ, F., *Medios de investigación en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 137.

¹⁵⁹ STS de 29 de enero de 2015, Sala de lo Militar, la cual se remite a la STS de fecha 24 de abril de 2014.

¹⁶⁰ Art. 25.2 CE.

avalado la doctrina científica¹⁶¹ y como puso de manifiesto el TC¹⁶²; el cual también resolvió el posible debate de si dichas restricciones podían afectar a presos preventivos o únicamente a personas condenadas, en el sentido de que a los efectos de limitar su derecho al secreto de las comunicaciones no representaba un impedimento la condición de preventivo del preso y, por tanto, no debía merecer una consideración específica a la hora de adoptar medidas que supusieran la restricción de un derecho;¹⁶³ por tanto, a los efectos de posibles limitaciones de sus comunicaciones, el concepto de “interno” incluye tanto a presos preventivos como a condenados. Por tanto, los internos en centros penitenciarios gozan del derecho reconocido en el art. 18.3 CE, si bien con determinadas limitaciones de conformidad con la interpretación que debe hacerse de dicho artículo en relación con el art. 25.2 CE, las cuales se encuentran sometidas -a su vez- a sus propios presupuestos de constitucionalidad.¹⁶⁴

Respecto a la existencia de tales limitaciones en las comunicaciones de las personas internas, el TEDH ya se había pronunciado con anterioridad resolviendo con el criterio de la necesidad de las mismas en su STEDH *caso Golder vs. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, al señalar que “La defensa del orden y la prevención de las infracciones penales... puede justificar injerencias más amplias respecto de un detenido que de una persona en libertad” (párrafo 45),¹⁶⁵ y posteriormente en la STEDH *caso Schönenberger y Durmaz vs. Suiza*, de 20 de junio de 1988, con idéntico argumento,¹⁶⁶ si bien es importante señalar que dicho tribunal también se ha manifestado en el sentido de advertir que la intervención de la correspondencia escrita y telefónica de los presos constituye una injerencia en los derechos reconocidos en el art. 8 CEDH, tal y como recoge la STEDH *caso Doerga vs. Holanda*, de 27 de abril de 2004 cuando señala que “La intervención y grabación de las conversaciones telefónicas del demandante y que fueran guardadas por las

¹⁶¹ DEL MORAL GARCÍA, A., “La intervención de las comunicaciones en centros penitenciarios”, en *Diario la Ley* nº 7573, de 21 de febrero de 2011, pp. 25-27.

¹⁶² STC nº 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

¹⁶³ STC nº 141/1999, de 22 de julio, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrerá.

¹⁶⁴ STC nº 107/2012, de 21 de mayo, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera.

¹⁶⁵ CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 133.

¹⁶⁶ CASABIANCA ZULETA P., *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Bosch, Barcelona, 2016, p.191.

autoridades de prisión constituye una injerencia en los derechos que le garantiza al demandante el artículo 8.1 del Convenio” (párrafo 43).¹⁶⁷

Analizando la regulación expresa en el régimen penitenciario de nuestro país, la base normativa la encontramos en la LO nº 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyo art. 51 garantiza a los internos el secreto de sus comunicaciones, si bien diferencia entre aspectos generales y específicos: por una parte, las comunicaciones generales se producen entre la persona privada de libertad y sus “familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial”¹⁶⁸, en las cuales deberá respetarse al máximo la intimidad del interno, pero que la propia norma habilita que puedan ser suspendidas, pues el apartado 5 de dicho art. 51 habilita al Director del establecimiento penitenciario a suspender o intervenir -con la correspondiente motivación- las comunicaciones orales o escritas de los internos, dando cuenta a la autoridad judicial competente. Dicha necesidad de motivación es muy importante pues debe acreditar claramente los motivos que justifiquen la medida adoptada, para que los correspondientes órganos jurisdiccionales puedan llevar a cabo el correspondiente juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad,¹⁶⁹ con el lógico objeto de que no sufra mayor menoscabo de sus derechos una persona interna en un centro penitenciario, tal y como ha señalado la jurisprudencia del TC,¹⁷⁰ pues recordemos que de conformidad con el mandato constitucional la legalidad de la actuación de la Administración -en este caso la penitenciaria- está sujeta al control judicial;¹⁷¹ es decir, desde el punto de vista normativo encontramos un criterio general de que debe garantizarse a los internos el secreto de sus comunicaciones con sus familiares, amigos, etc., si bien existe también la excepcionalidad a dicha garantía pues el Director del establecimiento penitenciario puede, de forma motivada, suspender o intervenir las comunicaciones orales o escritas de los internos, dando cumplida cuenta a la autoridad judicial competente.

¹⁶⁷ CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 134.

¹⁶⁸ Art. 51.1 LOGP y arts. 43, 46 y 47 del RD nº 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

¹⁶⁹ STC nº 141/1999, de 22 de julio, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

¹⁷⁰ STC nº 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Pablo Manuel Cachón Villar.

¹⁷¹ Art. 106.1 CE.

Por otra parte, las comunicaciones de carácter específico son las que conciernen a los internos con abogados y procuradores, con autoridades o profesionales, así como las comunicaciones entre internos:

Las comunicaciones con abogados y procuradores,¹⁷² especialmente las que son con abogados, adquieren a nuestro modo de ver notoria relevancia puesto que junto al secreto de las comunicaciones se ve afectado el derecho constitucional a la defensa de cualquier acusado en un proceso penal. En ese sentido, diversos textos normativos de carácter internacional recogen esta idea: destaca el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual dispone que todo acusado tiene, entre otros derechos y como mínimo, el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.¹⁷³ A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de fecha 19 de diciembre de 1966, señala que durante el proceso que persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o a ser asistida por un defensor de su elección: a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si carece de medios suficientes para pagarlo.¹⁷⁴

En nuestro país, el propio texto constitucional consagra el derecho de los ciudadanos a la defensa y a la asistencia letrada sin que en ningún caso pueda producirse indefensión,¹⁷⁵ garantiza -del mismo modo- el derecho a la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca,¹⁷⁶ y otorga valor en nuestro derecho interno a lo recogido por los tratados y acuerdos internacionales en la materia que nos ocupa.¹⁷⁷ Por ello, la doctrina ha destacado que la efectividad de este derecho no depende únicamente

¹⁷² Art. 51.2 LOGP.

¹⁷³ Art. 6.3 c) CEDH.

¹⁷⁴ Art. 14.3 b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

¹⁷⁵ Art. 24 CE.

¹⁷⁶ Art. 17.3 CE.

¹⁷⁷ Art. 10.2 CE y art. 96.1 CE.

del reconocimiento del derecho a recibir los servicios de un abogado, sino también de que dicho profesional goce de los medios y prerrogativas necesarias para el libre ejercicio de su función.¹⁷⁸

El TC ha señalado desde sus primeros pronunciamientos que tanto el derecho a la defensa como a la asistencia de letrado se proclaman por la CE de forma incondicional para todos los procesos, y añade que tal derecho comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y el asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación.¹⁷⁹ Del mismo modo, el TS ha considerado el derecho de defensa como un derecho “sagrado”, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia.¹⁸⁰

Ahora bien, desde el análisis técnico de la cuestión, debemos diferenciar y reconocer la existencia de una doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada: por una parte, el art. 17.3 de la CE reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad; por otra parte, que el art. 24.2 de la CE lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva como garantía del proceso debido a todo acusado o imputado.

El TC ha señalado que la asistencia letrada prevista en el art. 17.3 de la CE y reconocida al detenido en las diligencias policiales, tiene un contenido distinto como garantía del derecho a la libertad, al contenido de la asistencia letrada reconocida en el art. 24.2 de la CE en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido,¹⁸¹ de lo que se desprende que aunque en el texto constitucional se reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada tanto al detenido como al acusado, se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada, por lo que esta doble dimensión impide determinar el contenido esencial del derecho

¹⁷⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista de Derecho Constitucional* nº 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p.18.

¹⁷⁹ STC nº 30/1981, de 24 de julio, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. Gloria Begué Cantón.

¹⁸⁰ STS de 12 de abril y 18 de octubre de 1993.

¹⁸¹ STC nº 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 4º y 5º, Ponente Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil.

a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados arts. 17.3 y 24.2 de la CE,¹⁸² pero en cualquier caso el mandato legal de defensa por medio de abogado encuentra su propia y específica legitimidad tanto en beneficio del propio defendido pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso.¹⁸³ A su vez, el TC ha manifestado que en el proceso penal el derecho de asistencia letrada tiene una especial proyección por dos motivos; de un lado, la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten, y de otro, la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados, y ha señalado que el mandato legal de defensa por medio de abogado en el proceso penal es una garantía de un correcto desenvolvimiento del mismo, que pretende asegurar, de modo particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, siendo ello lo que justifica que la asistencia letrada deba de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales.¹⁸⁴

No obstante, la cuestión que consideramos muy destacable desde el punto de vista de las relaciones entre internos y letrados es la nota de confidencialidad que debe presidir las relaciones entre ambos sujetos para el correcto ejercicio del derecho de defensa. Tal es la importancia de salvaguardar la confidencialidad de las conversaciones entre el cliente y su letrado, que incluso el TEDH ha hecho especial hincapié en la necesidad de garantizar el carácter confidencial de dichas

¹⁸² STC nº 188/1991, de 3 de octubre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Jesús Leguina Villa.

¹⁸³ STC nº 54/2003, de 24 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

¹⁸⁴ ATC nº 255/2007, de 23 de mayo, el cual afirma posteriormente que entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 de la CE reconoce, no sólo para el proceso penal, sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas y la finalidad de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, lo que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en el art. 24.1 CE. Y en este contexto afirma, en consonancia con la doctrina del TEDH (SSTEDH *caso Airey vs. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979 y *caso Pakelli vs. Austria*, de 25 de abril de 1983), que, desde la perspectiva constitucional, quien alegue indefensión como consecuencia de la vulneración del derecho a la asistencia de Letrado no debe haber provocado dicha situación con su falta de diligencia, así como que dicha indefensión debe ser real y efectiva, de forma que la situación de indefensión generada por la falta de defensa técnica no resulte ser consecuencia directa del proceder de la parte y además la autodefensa del litigante debe haberse revelado como insuficiente y perjudicial para el mismo, impidiéndole articular una protección adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso.

relaciones,¹⁸⁵ y ha señalado que el derecho del acusado de comunicarse con su abogado fuera del alcance del oído de un tercero figura entre las exigencias fundamentales de un proceso equitativo en una sociedad democrática, la cual deriva del artículo 6.3.c) del CEDH; por tanto, al acusado se le debe garantizar ser asistido por un abogado de libre elección así como el derecho a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa,¹⁸⁶ en un línea jurisprudencial que se ha mantenido.¹⁸⁷

Por su parte, el TS ha señalado el derecho que tiene el acusado a comunicarse libremente con su letrado sin ser escuchado por terceras personas se convierte en una de las exigencias fundamentales de lo que debe ser un proceso equitativo en una sociedad democrática -en la línea del art. 6.3.c CEDH-.¹⁸⁸

En esa línea, la doctrina ha resaltado la probabilidad de que “el flujo de información imprescindible para el éxito de la estrategia defensiva no llegue a tener lugar si el imputado alberga la más mínima sospecha de que ciertos datos -y en particular aquéllos que lo incriminen- pueden salir de la esfera de esa relación”¹⁸⁹ entre cliente y abogado, postura que compartimos, pues lógicamente si no se puede hablar con la debida confidencialidad se afecta directamente al derecho de defensa.

De la nota de confidencialidad se desprende -a su vez- el deber de secreto profesional por parte de los letrados de todos los hechos o noticias que conozcan por cualquiera de las modalidades de su actuación profesional sin que puedan ser

¹⁸⁵ STEDH *caso Domenichini vs. Italia*, de 15 de noviembre de 1996, donde el TEDH efectuó un reconocimiento a que es de interés público que la persona que desea consultar a un abogado o necesita de su asesoramiento pueda hacerlo en las condiciones propicias para una plena y libre discusión, línea doctrinal con la que dicho Tribunal pretende el aseguramiento de la protección del secreto que debe prevalecer en la relación del abogado con su cliente y que ha mantenido con posterioridad en otros pronunciamientos. A modo de ejemplo en este sentido, STEDH *caso Koop vs. Suiza*, de 25 de marzo de 1998.

¹⁸⁶ STEDH *caso S. vs. Suiza*, de 2 de noviembre de 1991, donde el TEDH le reconoce a todo inculpado la oportunidad de organizar su defensa en la justa dirección sin que se produzca menoscabo alguno de sus posibilidades de poner de manifiesto cuantos argumentos entienda relevantes para el éxito de su defensa, tengan los mismos su origen tanto fuera como dentro del procedimiento.

¹⁸⁷ STEDH *caso Viola vs. Italia*, de 5 de octubre de 2006, así como STEDH *caso Castravet vs. Moldavia*, de 13 de Marzo de 2007.

¹⁸⁸ STS nº 79/2012, de 9 de febrero.

¹⁸⁹ LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 479.

obligados a declarar por dichos hechos.¹⁹⁰ Este deber de secreto profesional tiene una auténtica dimensión pública toda vez que la existencia de dicha profesión no deja de ser una garantía del derecho de defensa para todos los ciudadanos. Por consiguiente, y ante la posible intervención de las conversaciones telefónicas entre abogado y cliente como medio de investigación, la doctrina ha venido destacando que la legitimidad de dicha intervención no debe ser analizada exclusivamente desde la óptica del derecho al secreto de las comunicaciones, sino a su vez desde la del derecho de defensa, por lo que es desde esa perspectiva desde donde deberá ponderarse la constitucionalidad de una medida tan limitativa de derechos fundamentales,¹⁹¹ pues nótese que encontramos la coexistencia del derecho al secreto de las comunicaciones, de alcance constitucional, junto al secreto profesional, de naturaleza material.¹⁹²

El TEDH se ha pronunciado incluso en el sentido de manifestar que la confidencialidad de las relaciones entre un abogado y sus clientes afecta directamente a los derechos de la defensa, por lo que ha declarado objeto de protección las llamadas telefónicas efectuadas al despacho del letrado ya que ha efectuado una interpretación del concepto de domicilio del art. 8.1 CEDH en un sentido amplio, de tal forma que abarca no solamente el domicilio privado de una persona, sino también su despacho profesional y, por consiguiente, un despacho de abogados,¹⁹³ e incluso ha ampliado dicha cobertura a la correspondencia con el mismo.¹⁹⁴ Corolario de lo anterior es la posición doctrinal que considera como absolutamente ilícita la intervención del terminal de un letrado de un investigado, pues no procede ni la escucha de las conversaciones que el cliente sostenga con su abogado ni las que éste pueda sostener con terceras personas en el ejercicio del derecho de defensa del cliente en cuestión; a su vez, si no procede la

¹⁹⁰ Art. 542.3 LOPJ, introducido por el apartado ciento veinticinco del artículo único de la Ley Orgánica nº 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹⁹¹ LÓPEZ YAGÜES, V., *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 26.

¹⁹² FERNÁNDEZ ESPINAR, G., "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal", *Revista Poder Judicial* nº 32, Madrid, 1993, p. 27, donde el autor señala que el secreto profesional toma cuerpo como límite de las intervenciones telefónicas no tanto por el efecto inmediato del secreto "formal" del derecho de las comunicaciones que consagra nuestra CE en el art. 18.3 CE, sino como derivación de las garantías procesales del art. 24.2 CE, que han sido desarrolladas por normas de nuestro derecho positivo, tales como la LOPJ, la LECRim. y el Estatuto General de la Abogacía.

¹⁹³ STEDH *caso Petri Sallinen y otros vs. Finlandia*, de 27 de septiembre de 2005.

¹⁹⁴ STEDH *caso Tsonyo Tsonev vs. Bulgaria*, de 1 de octubre de 2009.

observación, menos aún procederá su grabación, transcripción, aportación y final incorporación a la causa.¹⁹⁵

Junto a la cuestión de la confidencialidad en dichas relaciones, se ha planteado la problemática de si -de conformidad con el art. 51.2 LOGP- las conversaciones mantenidas entre un interno y su abogado defensor no podían ser suspendidas o intervenidas “salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”, en el sentido de que dichos requisitos fueran simultáneos o bien alternativos, e incluso si cabía la interpretación de que el Director del establecimiento penitenciario -en el uso de las facultades que le otorgaba el art. 51.5-, también podía intervenir dichas comunicaciones de los internos con letrados. Esta cuestión de debate sobre la regulación de la materia no ha estado exenta de debate doctrinal hasta el punto plantearse la posible inconstitucionalidad del art. 51.2 de la LO nº 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.¹⁹⁶

El TC se pronunció inicialmente con el criterio de que las comunicaciones entre interno y letrado podían ser intervenidas en todo caso por la autoridad judicial, así como por el Director del Centro Penitenciario en los supuestos relacionados con terrorismo,¹⁹⁷ si bien dicha línea jurisprudencial ha evolucionado hasta la interpretación de que las exigencias que contiene el art. 51.2 LOGP -autorización judicial y supuestos de terrorismo- poseen carácter acumulativo y no alternativo; es decir, que las comunicaciones entre internos y abogados en centros penitenciarios sólo pueden ser intervenidas por órganos jurisdiccionales -garantía jurisdiccional de la medida, en la línea del art. 48.3 RP al regular que la intervención de estas comunicaciones requiere autorización judicial y no administrativa- y en casos relacionados con terrorismo,¹⁹⁸ por lo que la doctrina ha destacado que el hecho de

¹⁹⁵ QUERALT JIMÉNEZ, 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, p. 1148 y 1149.

¹⁹⁶ SERRANO MAILLO, M^a. I., “El derecho a la intimidad de los internos en prisión en la comunicación con sus abogados”, *Revista Actualidad Penal* nº 19, Madrid, 1999, p.7. A su vez, Cfr., por su interés, MARCO URGELL, A., *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*, Tesis Doctoral, www.tdx.cat/bitstream/10803/32087/1/amu1de1.pdf, Universidad Autónoma de Barcelona, Octubre 2010, pp. 263 y ss., donde la autora efectúa un breve resumen de la normativa existente en la materia en países como Francia, Italia y Alemania. Fecha última consulta 6 de febrero de 2017.

¹⁹⁷ STC nº 73/1983, de 30 de julio, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Manuel Díez de Velasco Vallejo.

¹⁹⁸ STC nº 183/1994, de 20 de junio, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil y STC nº 58/1998, de 16 de marzo, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer.

que aun en los casos de terrorismo resulta necesaria también la orden judicial; es decir, que los fundamentos jurídicos del TC al interpretar el mencionado art. 51.2 LOGP no iban encaminados a limitar la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde la intervención de las comunicaciones de un interno con su abogado, sino exclusivamente a impedir que pudiera hacerlo la Administración Penitenciaria.¹⁹⁹

A su vez, el TS también ha recogido dicho criterio jurisprudencial, y se ha pronunciado en el sentido de que dichas comunicaciones entre internos y abogados únicamente pueden ser intervenidas por la autoridad judicial en los casos de terrorismo, excluyendo -a su vez- de dicha posibilidad al Director del establecimiento penitenciario, en una clara garantía de lo que debe ser la confidencialidad de las conversaciones entre cliente y abogado en el marco del derecho de defensa y las reglas del debido proceso.²⁰⁰

La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en una clara línea de colmar las exigencias jurisprudenciales, ha introducido reformas en el derecho de defensa y garantiza la asistencia letrada a cualquier persona a la que se atribuya la comisión de un hecho punible, con especial mención a la cuestión relativa al reconocimiento de la confidencialidad de las comunicaciones entre el investigado -o encausado- y su abogado, y ha establecido que si las mismas hubieran sido captadas o intervenidas, el juez ordenará la eliminación de las grabaciones o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, lo que se hará constar en las actuaciones del procedimiento.²⁰¹

En definitiva, parece pacífico sostener el carácter blindado que dan nuestros tribunales a las comunicaciones entre letrado y cliente, lo que garantiza la confidencialidad de las comunicaciones de los internos enmarcadas dentro del ejercicio de su derecho de defensa en un procedimiento penal, sin posibilidad de intervención administrativa ni judicial,²⁰² salvo casos de delitos de terrorismo y siempre mediante autorización judicial debidamente ponderada y motivada, así como cuando el propio letrado sea objeto de investigación porque se cuenta con indicios objetivos de que está cometiendo o ayudando a cometer la comisión de un

¹⁹⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados", *Revista Iustel* nº 14, www.iustel.com, Madrid, 2010, pp.70 y 71. Fecha última consulta 6 de febrero de 2017.

²⁰⁰ STS nº 79/2012, de 9 de febrero.

²⁰¹ Art. 118 LECrim.

²⁰² STS nº 538/1997, de 23 de abril.

delito, pues en ese caso el derecho de defensa se estaría utilizando como cauce un abusivo para actividades que exceden de la finalidad de esta garantía procesal.²⁰³

Las comunicaciones de los internos con autoridades o profesionales son las relacionadas con el Defensor del Pueblo -o instituciones similares de carácter autonómico-, autoridades judiciales así como miembros del Ministerio Fiscal, y no pueden ser suspendidas ni intervenidas,²⁰⁴ amparando la norma existente la jurisprudencia del TC al señalar que las mismas “no pueden ser objeto de ningún tipo de intervención”.²⁰⁵

En lo referente a las comunicaciones específicas entre internos, la norma diferencia entre correspondencia escrita y comunicaciones telefónicas entre internos de diferentes centros,²⁰⁶ si bien en todo caso recoge que podrán ser intervenidas por el Director del establecimiento penitenciario, quien deberá motivar adecuadamente su resolución, notificar al interno dicha circunstancia, y deberá ponerlo en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria. La jurisprudencia del TC ampara la efectividad de dicha norma tratando por analogía los casos de que los internos sean tanto de diferente centro penitenciario como de distinto, pues lo relevante para que la intervención de las comunicaciones entre internos sea ajustada a derecho es que la resolución del Director del Centro Penitenciario esté debidamente motivada.²⁰⁷

²⁰³ STEDH de 25 de marzo de 1998, *caso Koop vs. Suiza*, en la cual el TEDH reconoce como única excepción al secreto de las comunicaciones telefónicas con el abogado la existencia de razones bastantes como para considerar sospechoso de participación en la actividad delictiva al propio abogado defensor. Del mismo modo, más recientemente, en la STEDH de 13 de marzo de 2007, *caso Castravet vs. Moldavia*, el TEDH consideró que una injerencia en el privilegio abogado-cliente, y por ende, en el derecho del detenido a la defensa, no exige necesariamente que tenga lugar una interceptación real o una escucha subrepticia, señalando que una creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar, por lo que tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención.

²⁰⁴ Art. 49 RP.

²⁰⁵ STC nº 175/2000, de 26 de junio, FJ 8º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

²⁰⁶ Arts. 46.7 RP y 47.6 RP.

²⁰⁷ STC nº 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

3.3.2) Anteriores propuestas legislativas.

En los últimos años se han producido otros intentos de reforma legislativa; su desarrollo en este trabajo será breve, si bien se ha considerado oportuna su mención porque no dejan de ser textos en los que se trató de mejorar el marco normativo existente desde el año 1988, tanto en lo referente a la posible restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, como la anterior redacción del art. 579 de la LECrim.

1) De una parte, nos referimos al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECrim), de 27 de julio de 2011.²⁰⁸

²⁰⁸ También procede mencionar el Anteproyecto de Ley Orgánica de Desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al Proceso Penal (ALODDFPP), de 27 de julio de 2011, el cual, en sede de un Título I denominado “Derechos y libertades relacionados con el proceso penal”, el art. 4 del ALODDFPP rezaba lo siguiente al ocuparse de la interceptación de las comunicaciones: “1. La interceptación de las comunicaciones postales o telegráficas, telefónicas o que se realicen a través de cualquier otra tecnología de la información solo podrá practicarse bajo garantía judicial en la investigación de delitos dolosos graves o de delitos que se hayan cometido a través de dichos instrumentos o tecnologías y siempre que existan indicios objetivos de la comisión del hecho delictivo y sea previsible la obtención de datos relevantes para el esclarecimiento del mismo o para la determinación del autor. La interceptación no podrá extenderse a las comunicaciones que mantenga la persona investigada con el abogado encargado de su defensa, salvo cuando existan indicios de su participación en el delito investigado. 2. La autorización judicial se circunscribirá a la investigación del hecho delictivo que la motiva y contemplará la duración de la medida que no podrá exceder de un plazo inicial de tres meses, prorrogable por períodos sucesivos de igual duración. También determinará la forma y alcance de la interceptación. 3. Están sujetas a garantía y autorización judicial las escuchas y grabaciones de conversaciones privadas, incluidas las que se mantengan en lugares públicos, así como las imágenes que, en su caso, se obtuviesen de las mismas. La resolución judicial que las autorice contendrá, como mínimo, la duración de la medida, los motivos por los que la diligencia es imprescindible a los fines de la investigación y la identificación de la persona o personas investigadas. Salvo que también sean objeto del procedimiento de investigación, la observación de las conversaciones del investigado no podrá extenderse a las que éste mantenga con quienes estén dispensados de la obligación de declarar por razón de parentesco o secreto profesional. 4. En los delitos de terrorismo y existiendo razones de urgencia que lo justifiquen la interceptación de las comunicaciones podrá ser acordada por el Ministerio Fiscal. La intervención así acordada deberá ser confirmada o revocada por el juez competente en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.”; así, parece que dicho ALODDFPP pretendía otorgar carta de naturaleza de Ley Orgánica a los aspectos del proceso penal que representan una injerencia por parte del Estado respecto de determinados derechos fundamentales de las personas -en este caso, el secreto de las comunicaciones- encartadas en un proceso penal, plasmando -como hemos visto- las garantías constitucionales y posteriores habilitaciones que permiten la restricción de los derechos fundamentales, las cuales tomarían debida forma en la norma procesal (ALECrim); por ello, parece que la idea del legislador fue la de que este texto se convirtiera en permanente complemento tanto del contenido literal del artículo 18.3 CE, así como de la copiosa jurisprudencia constitucional que lo ha venido desarrollando. Un estudio doctrinal y crítico de estos textos encontramos en RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, La ley, Madrid, 2011, pp. 797 y ss.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (ALECrim) contaba con un total de 17 arts. –arts. 273 a 289-, en sede de un Capítulo I denominado “La interceptación de las telecomunicaciones”, dentro del Título II denominado “Los medios de investigación relativos a la interceptación de las comunicaciones y de las conversaciones privadas”, dedicados al desarrollo procesal de la anomia legislativa en la materia que hemos venido observando a lo largo de este trabajo hasta la promulgación de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en un intento por parte del legislador de que nuestro ordenamiento jurídico tuviera una normativa de las intervenciones telefónicas que garantizase –de una vez por todas- superar los límites de calidad impuestos por el TEDH.

En nuestra opinión, las principales novedades recogidas en los referidos arts. pueden resumirse del siguiente modo:

a) En el nuevo modelo de proceso que pretendía regularse, la autoridad llamada a decidir la pertinencia de la intervención de las comunicaciones no era la misma que tenía el deber de esclarecer los hechos dirigiendo la actividad investigadora. Y ello porque el juez de garantías era el competente para autorizar la escucha, haciéndolo exclusivamente a instancia del Ministerio Fiscal y siempre que la solicitud presentada por éste cumpla con los requisitos legamente establecidos. En ese sentido, parecía que al fin se hacía verdaderamente efectiva la garantía judicial fijada en el art. 18.3 de la CE.²⁰⁹

b) La nueva regulación no se refería exclusivamente a las escuchas telefónicas, pues era aplicable a cualquier intervención de comunicaciones realizadas a través de tecnologías de la información y la comunicación, expresión que ya está plenamente asentada en el lenguaje jurídico de nuestro tiempo. A su vez, las garantías establecidas se proyectan igualmente sobre las intervenciones que tienen

²⁰⁹ Art. 274. Garantía judicial.

“1. En los supuestos del artículo anterior, el fiscal deberá solicitar al Juez de Garantías que autorice la interceptación de las comunicaciones.

2. En caso de urgencia, cuando las investigaciones tengan por objeto la averiguación de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, la intervención podrá ser ordenada por el Fiscal General del Estado.

Esta intervención se comunicará por escrito motivado al Juez de Garantías dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que, igualmente de forma motivada, revoque o confirme la diligencia en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas desde que haya sido ordenada.”

por objeto exclusivo el conocimiento de los datos de tráfico u otros datos asociados a la comunicación que están amparados por el secreto de las comunicaciones.²¹⁰

c) La autorización judicial sólo podía obtenerse si se cumplían tres requisitos.²¹¹

En primer lugar, la investigación había de referirse a determinadas infracciones, combinándose en este punto la gravedad de la pena prevista -prisión igual o superior a cinco años con un listado de delitos que, por debajo de este listón punitivo, podían requerir singularmente la utilización de esta diligencia extraordinaria. Igualmente, también era posible la interceptación en la investigación de delitos cometidos a través de medios informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, casos en los que esta diligencia pudiera resultar insustituible como medio indagatorio.

En segundo lugar, se exigía un “juicio de pronóstico” suficientemente fundado sobre la utilidad de la diligencia para obtener datos relevantes que no resultaran accesibles a través de otros medios de investigación menos gravosos.

En tercer lugar, la diligencia solo podía acordarse si se había establecido suficientemente la relación entre la línea telefónica objeto de intervención y el hecho delictivo. En este punto, se extremaban las exigencias de concreción y motivación de la solicitud realizada por el fiscal, e igualmente precisa en todo lo relativo al alcance subjetivo y objetivo de la diligencia había de ser la resolución judicial que autorizase la interceptación.

d) Se recogía expresamente la imposibilidad de intervenir las conversaciones del

²¹⁰ Art. 275. Ámbito de aplicación

“Solo podrá solicitarse y acordarse la interceptación de las comunicaciones para la investigación de las siguientes infracciones:

c) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o medio de telecomunicación.”

²¹¹ Art. 276. Requisitos de la intervención.

“1. La interceptación de las comunicaciones podrá acordarse cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Que existan indicios, basados en datos objetivos, de la comisión de alguno de los delitos a que se refiere el artículo anterior.

b) Que sea previsible la obtención de datos relevantes para el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, para la determinación de su autor o para la averiguación de su paradero, siempre que tales informaciones no puedan obtenerse mediante otro medio de investigación menos gravoso.

c) Que exista una relación objetiva entre los hechos objeto de investigación y la línea telefónica o el medio de información o telecomunicación cuya intervención se pretende.”

investigado con el letrado expresamente designado para encargarse de su defensa, salvo que el mismo fuese responsable del delito investigado. Por tanto, se optaba así por una protección máxima del derecho de defensa. Si por alguna circunstancia se hubieran interceptado conversaciones con el abogado defensor, éstas serían puestas en conocimiento de la defensa y se procedería a su destrucción, a no ser que el propio investigado solicitase su incorporación al procedimiento.²¹²

e) En cuanto a la duración de las escuchas, se preveía que las mismas tuvieran una duración máxima de tres meses, prorrogable por períodos sucesivos si subsistían los presupuestos existentes al acordar la medida. Ahora bien, en ningún caso se podía prolongar la intervención más de quince días si en dicho plazo no se había obtenido ninguna información relevante para la investigación. A la solicitud de prórroga, formulada al juez de garantías, se debía acompañar un informe detallado del resultado obtenido hasta el momento, debidamente acompañado de la transcripción literal de los pasajes de las conversaciones que aportasen informaciones relevantes. La escucha cesaba cuando desapareciesen las circunstancias que la motivaron, se agotase su duración o expirase el plazo del secreto de las investigaciones. Del mismo modo, también se le ponía fin en cuanto se produjese la detención del sujeto investigado, salvo que fuese imprescindible su continuación y el juez la autorizase expresamente.²¹³

²¹² Art. 276. Requisitos de la intervención.

“2. Solo cuando concurren indicios fundados que permitan afirmar su participación en el hecho delictivo investigado podrá extenderse la investigación al contenido de las conversaciones que mantenga la persona investigada con el abogado designado en el procedimiento para ejercer su defensa. En este caso, cuando haya de dirigirse el procedimiento de investigación contra el abogado del investigado, se procederá conforme a lo previsto en el artículo 39 de esta ley.

3. Si como consecuencia de una intervención autorizada llegaran a interceptarse comunicaciones con el letrado defensor, se procederá a la destrucción de dichos registros o grabaciones, previa puesta en conocimiento del investigado y su letrado quienes, no obstante, podrán solicitar su incorporación al procedimiento.”

²¹³ Art. 282. Duración de la intervención.

“1. La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de la autorización judicial, será de tres meses.

2. La interceptación podrá prorrogarse por períodos sucesivos de igual duración si subsisten las causas que la motivaron.

3. En cualquier caso, la intervención y registro de las comunicaciones personales no podrá extenderse por más de quince días si durante ese plazo no arroja algún resultado útil para la investigación.”

Art. 283. Prórroga de la intervención.

“1. La solicitud de prórroga se dirigirá por el fiscal al Juez de Garantías antes de la expiración del plazo de intervención concedido. Deberá incluir en todo caso:

a) Un informe detallado del resultado de la intervención hasta el momento en que se formula.

b) En su caso, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.

2. En las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el alzamiento de la medida o su prolongación mediante auto motivado.

f) Todo lo relativo a esta diligencia debía documentarse en una pieza separada de carácter secreto.²¹⁴ Una vez alzado el mismo, se practicaría una comparecencia para que la defensa analizase el contenido de las grabaciones²¹⁵ y pudiera solicitar la exclusión de los extremos que no estuvieran relacionados con el hecho investigado, pudiéndose efectuar también este trámite por escrito, tras la entrega de la copia íntegra de las transcripciones. Del mismo modo, una vez alzado el secreto, se preveía que la resolución judicial se notificase a todas las personas cuya intimidad hubiera podido verse afectada por la medida, salvo que la afectación producida fuese de escasa consideración.²¹⁶ Con el mismo ánimo protector de la

3. Concedida la prórroga, el cómputo de la misma se entenderá iniciado desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada.”

Art. 284. Cese de la intervención.

“1. La intervención de las comunicaciones cesará:

- a) por la desaparición de las circunstancias que justificaron la adopción de la medida,
- b) por el transcurso del plazo por el que ha sido autorizada o
- c) por el vencimiento del plazo máximo del secreto de la investigación.

2. En todos estos casos, el fiscal dispondrá el cese de la interceptación de las comunicaciones y lo podrá en conocimiento del Juez de Garantías.”

Art. 285. Cese en el supuesto de detención de la persona investigada.

“1. También acordará el fiscal el cese inmediato de la medida si llegara a producirse la detención de la persona cuyas comunicaciones personales se encuentren intervenidas.

2. No obstante, en este caso el fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías el mantenimiento de la intervención justificando la utilidad e idoneidad de su continuación para el total esclarecimiento de los hechos investigados, para la determinación de sus autores o para la averiguación de su paradero.

Mientras se resuelve sobre la petición formulada se mantendrá la intervención, que en todo caso cesará en el plazo de cuarenta y ocho horas si, transcurrido este tiempo, no se ha autorizado su mantenimiento.”

²¹⁴ Art. 274. Garantía judicial.

“3. Las actuaciones referentes a la intervención y registro de las comunicaciones personales se sustanciarán en pieza separada y en régimen de secreto.”

²¹⁵ Art. 287. Comparecencia del investigado para el examen de las grabaciones.

“1. Cesada la intervención y alzado el secreto, el fiscal, salvo que proceda el archivo del artículo 463, convocará al investigado a la comparecencia prevista en el artículo 464 de esta ley, que en este caso también tendrá por objeto el examen de las grabaciones para determinar los extremos que se consideren relevantes y excluir aquéllos que carezcan de interés para la investigación o para el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

2. Las partes serán citadas al acto y podrán hacer en él las observaciones que estimen oportunas.

La práctica de esta audiencia, que podrá extenderse durante las sesiones que sean necesarias, no se suspenderá por la incomparecencia de alguna de las partes que hubiera sido debidamente citada.

3. No obstante lo anterior, podrá sustituirse la comparecencia del investigado para el examen de las grabaciones por la formulación de observaciones por escrito.

4. En todo caso, se facilitará a las partes el acceso al contenido de las grabaciones.”

²¹⁶ Art. 286. Notificación de la resolución judicial tras el cese de la intervención.

“1. Cesada la intervención y una vez alzado el secreto del procedimiento investigador, la resolución judicial que acordó la intervención de las comunicaciones deberá ser notificada a las siguientes personas:

- a) al investigado,

intimidad, se prohibía cualquier uso público, divulgación o difusión del contenido de las grabaciones, las cuales serían destruidas²¹⁷ una vez finalizado el proceso, salvo que se hubiese autorizado judicialmente su utilización en otros procedimientos distintos en los que la escucha hubiera podido ser acordada.²¹⁸

g) En cuanto al uso de las grabaciones en el juicio oral requería la transcripción fehaciente de las mismas, basándose su impugnación en la existencia de indicios de manipulación, lo cual justificaría la realización de una pericia técnica que pudiera autenticar su contenido.²¹⁹

h) Finalmente, y en un Capítulo III denominado “La interceptación de las conversaciones privadas por medios de grabación del sonido” -arts. 302 a 313-, dentro del mismo Título II antes referenciado, esa novedosa regulación de la interceptación de las comunicaciones concluía con las denominadas “vigilancias acústicas”, que en ese momento carecían de regulación en nuestro ordenamiento

b) al titular o usuario del medio de comunicación o telecomunicación que haya sido afectado por la medida,

c) a los participantes en las telecomunicaciones intervenidas, cuya intimidad se haya visto seriamente afectada por la medida y siempre que hayan sido identificados.

2. La notificación a las personas a que se refieren las letras b) y c) no se efectuará si con ella puede ponerse en peligro la finalidad de la investigación, la integridad física o la libertad de alguna persona, o si genera un riesgo cierto para bienes jurídicos de singular relevancia.

En estos casos, la notificación se pospondrá hasta que desaparezca la situación de peligro, pudiéndose diferir, como máximo, hasta la propia conclusión del procedimiento de investigación.

En estos supuestos, se harán constar en la resolución los motivos excepcionales por los que así se acuerda.”

²¹⁷ Art. 289. Destrucción de las grabaciones.

“Salvo que se haya autorizado su utilización en otros procedimientos, los soportes en los que se incorporen los datos relativos a las comunicaciones o su contenido se destruirán:

a) cuando el proceso finalice por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento firmes o

b) cuando se dicte sentencia condenatoria y la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito.”

²¹⁸ Art. 288. Utilización posterior de las grabaciones.

“3. El contenido de las comunicaciones obtenidas a partir de la intervención sólo podrá ser utilizado en otra investigación o proceso penal cuando concurren los siguientes requisitos:

a) que exista una autorización previa del Juez de Garantías competente para conocer de la nueva investigación y,

b) que las comunicaciones resulten necesarias para el esclarecimiento de un delito respecto del cual podría haberse acordado su interceptación.

4. Se prohíbe cualquier uso público, difusión o divulgación de las grabaciones obtenidas o de la información en ellas contenida.”

²¹⁹ Art. 288. Utilización posterior de las grabaciones.

“1. Si el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes pretende hacer valer el contenido de las grabaciones en el juicio oral, se procederá a su transcripción, lo que se efectuará en el plazo más breve posible.

2. No se admitirán más impugnaciones del contenido de las comunicaciones obtenidas que las que se basen en la existencia de indicios objetivos de manipulación.

Solo si los motivos de sospecha resultan suficientes, el tribunal dispondrá la realización de una comprobación pericial sobre el funcionamiento del sistema utilizado y su posible manipulación.”

jurídico, las cuales consistirían en la captación, utilizando dispositivos técnicos, de conversaciones privadas directas que pudieran tener lugar tanto en lugares públicos como en domicilios y en otros lugares privados.²²⁰ Dicha diligencia sólo podría ser utilizada para captar conversaciones que se produjeran en un encuentro concreto y determinado, sin que pudiera prolongarse más allá de mismo y sin que pudiese extenderse a las conversaciones que el investigado mantuviera con las personas con las que tuviese una especial relación de confianza, a no ser que las mismas fuesen objeto del procedimiento de investigación.²²¹

2) De otra parte, debemos señalar el Borrador de Código Procesal Penal (BCPP) del año 2013.

El Código Procesal Penal pretende regular la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas en el Capítulo V -con dicha denominación-, dentro del Título II, denominado "Contenido de las Diligencias de Investigación", dedicando para ello los arts. 294 a 312.

Lo más relevante de esta propuesta de reforma en la materia podemos resumirlo del siguiente modo:

a) Inicialmente, efectúa una la proclamación normativa de los principios que la jurisprudencia constitucional ha venido definiendo como determinantes de la validez del acto de injerencia, esto es, los principios de especialidad, excepcionalidad,

²²⁰ Art. 302. Objeto.

"1. Lo dispuesto en este capítulo será aplicable a la escucha y grabación, por medio de sistemas técnicos de captación del sonido, de las conversaciones privadas que, en el marco de encuentros concretos, mantengan entre sí dos o más personas.

2. A estos efectos se considerarán conversaciones privadas:

a) Las que tengan lugar en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto,

b) Las que se mantengan en el interior de un domicilio o en cualquier otro lugar en el que se desarrollen actividades de carácter íntimo.

3. La escucha y grabación de las conversaciones privadas podrá completarse con la obtención de imágenes del investigado y de las personas que acudan a su encuentro."

²²¹ Art. 304. Ámbito de la vigilancia acústica.

"1. Sólo se podrá autorizar la escucha y grabación de las conversaciones privadas que mantenga la persona investigada.

No obstante, esta medida podrá practicarse aunque inevitablemente haya de verse afectada la intimidad de su interlocutor o de terceros.

2. La escucha y grabación no podrá extenderse a las conversaciones que la persona investigada mantenga con quienes están dispensados de la obligación de declarar por razón de parentesco o de secreto profesional, salvo que el procedimiento también se dirija contra ellos.

3. Sólo podrán captarse conversaciones que tengan lugar en el interior de un domicilio, si es el de la persona investigada.

Excepcionalmente, también se podrán captar las conversaciones que se mantengan en el domicilio de una tercera persona cuando existan indicios fundados de que el investigado se encuentra en él."

idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, la cual debe ser dictada siempre mediante resolución judicial.²²²

b) Del mismo modo, para autorizar la injerencia se opta en el texto por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres requisitos que define el art. 295 de este Código y que explicamos aquí: El primero de ellos, opera como una limitación genérica, de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena –delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión-; el segundo, que estemos en presencia de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y el tercero, que se trate de delitos cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

c) En la pretendida nueva regulación, el texto autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, confiriéndose así sustantividad propia a otras formas de comunicación respecto de las cuales se carece en la actualidad de tratamiento normativo en la ley procesal.²²³

²²² Art. 294. Principios.

“1.- En el procedimiento de investigación se podrán intervenir y registrar las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

2.- El principio de especialidad exige que la intervención esté relacionada con la investigación de un delito concreto. Las intervenciones prospectivas sobre la conducta de una persona o grupo están prohibidas.

3.- El principio de idoneidad servirá para definir su ámbito objetivo y subjetivo y su duración en virtud de la utilidad de la medida.

Los terminales o sistemas de comunicación objeto de intervención han de ser aquellos ocasional o habitualmente utilizados por el encausado.

4.- Por los principios de excepcionalidad y necesidad, sólo podrá acordarse la interceptación cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho.

5.- La resolución que autorice la injerencia deberá expresar el juicio de ponderación realizado entre el interés público de persecución penal del hecho punible y el interés del encausado en preservar su derecho al secreto de sus comunicaciones.”

²²³ Art. 296. Ámbito.

“1.- La intervención judicialmente acordada autorizará el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación en los que participe el encausado, ya sea como emisor o, como receptor, y podrá afectar al terminal o terminales de los que el sospechoso sea titular o usuario.

A los efectos previstos en este artículo, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados, todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas.

2.- Podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales pertenecientes a una tercera persona siempre que exista constancia de que el encausado se sirve

d) En cuanto a la solicitud de la injerencia, corresponderá al ministerio fiscal la petición de la interceptación de las comunicaciones, debidamente motivada,²²⁴ correspondiendo su autorización o denegación al denominado tribunal de garantías, en el plazo de 24 horas,²²⁵ el cual deberá resolver mediante auto que deberá recoger los extremos prescritos en el art. 299.²²⁶

e) En cuanto al plazo de la injerencia, se establece un período de tres meses como duración máxima inicial de la intervención, si bien el mismo es susceptible de ampliación y prórroga por períodos sucesivos de igual duración, hasta un máximo

de aquélla para transmitir o recibir información o de que el titular colabora con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficia de su actividad.”

²²⁴ Art. 297. Solicitud del Ministerio Fiscal.

“1.- La intervención de las comunicaciones deberá ser autorizada por el Tribunal de Garantías, a petición del Ministerio Fiscal.

2.- La solicitud habrá de contener:

1º. La descripción del hecho objeto de investigación, la identidad del encausado y de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos;

2º. El número de abonado o del terminal objeto de la intervención o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate;

3º. La extensión de la medida con especificación de su contenido;

4º. La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención;

5º. La forma de ejecución de la medida, incluyendo el procedimiento técnico aplicable;

6º. La duración de la medida que se solicita.

3.- Al efecto previsto por el número 3º del apartado anterior, la solicitud de autorización podrá tener por objeto todos o algunos de los siguientes extremos:

a) el registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.

b) el conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.

c) la localización geográfica del origen o destino de la grabación.

d) el conocimiento de otros datos de tráfico asociados a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.

4.- La solicitud del Fiscal y todas las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada, se sustanciarán en una pieza separada y secreta.”

²²⁵ Art. 298. Resolución judicial.

“1.- El Tribunal de Garantías autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto. Esta resolución se dictará en el plazo máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud.

2. - Si el Tribunal lo considera conveniente podrá solicitar, con interrupción del plazo a que se refiere el apartado anterior, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud al Fiscal, cuando resulte necesario para resolver sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos expresados en los artículos anteriores.”

²²⁶ Art. 299. Contenido.

“La resolución judicial que autorice la interceptación concretará los siguientes extremos:

a) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica.

b) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.155

c) El medio de telecomunicación objeto de la intervención, designando el número del teléfono intervenido o el código de identidad de comunicaciones electrónicas lógico o virtual que identifique el acceso del abonado a la red de telecomunicaciones.

d) La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance.

e) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.

f) La duración de la medida.

g) La forma y la periodicidad con al que el Fiscal informará al Tribunal de Garantías sobre los resultados de la medida.”

temporal de un año, siempre que subsistan las causas que motivaron aquélla,²²⁷ destacando así que se establecen unos auténticos límites cronológicos que impidan prolongar de forma innecesaria la interferencia de los poderes públicos en la privacidad de las personas que se hayan visto afectadas por la medida.

f) La intervención de las comunicaciones se practicará en secreto, sin que sea necesario que por dicha circunstancia se acuerde de forma expresa el secreto de la causa judicial –art. 304-, cesando la medida por la desaparición de las circunstancias que justificaron la adopción de la misma, o bien por el transcurso del plazo para el que hubiere sido autorizada –art. 305-.

g) En cuanto a las grabaciones, con el objeto de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del Ministerio Fiscal o del Tribunal de Garantías, se impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central,²²⁸ disponiéndose igualmente ciertos límites para la posibilidad de utilización de las grabaciones en un proceso distinto a aquel en el que se hubiera acordado la medida.²²⁹ Con ello,

²²⁷ Art. 302. Duración.

“1.- La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de la autorización judicial, será de tres meses.
2.- La intervención podrá ser prorrogada por el Tribunal de Garantías, a petición razonada del Fiscal, por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de un año, siempre que subsistan las causas que la motivaron.
3.- Transcurrido el plazo por el que resultó concedida, sin haberse acordado su prórroga, la interceptación cesará a todos los efectos.”

²²⁸ Art. 301. Control de la medida.

“1.- La Policía Judicial pondrá a disposición del Fiscal, con la periodicidad que por éste se determine y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que se considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas, indicando el origen y destino de cada una de ellas y asegurando, mediante cualquier sistema de sellado o firma electrónica, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas.

2.- Se conservarán por el Fiscal las grabaciones íntegras, cualquiera que sea el sistema de grabación utilizado, hasta el momento de su destrucción conforme a lo previsto en el artículo 308.

3.- El Fiscal informará al Tribunal de Garantías sobre el desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que por aquél se determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.”

²²⁹ Art. 307. Utilización de las grabaciones en un proceso distinto.

“1.- El resultado de la intervención de las comunicaciones sólo podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, siempre que se trate de un delito respecto del cual podría haberse acordado la medida conforme al artículo 295.

2.- A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, incluyendo entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la interceptación de las comunicaciones, la resolución judicial acordándola y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

3.- La continuación de la intervención de las comunicaciones para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del Tribunal de Garantías.”

parece tratarse el aseguramiento de la vigencia del principio de proporcionalidad, autorizando su utilización tan solo para la investigación de un delito cuya gravedad habría permitido la adopción de la injerencia. Finalmente, se completa la regulación con un precepto destinado a fijar los términos del borrado y eliminación de las grabaciones originales, una vez se ponga término al procedimiento, conservándose sólo una copia bajo custodia del ministerio fiscal o del tribunal, intentándose -de ese modo- evitar la difusión de un material que, por su propio contenido, podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado.²³⁰

h) Nos parece interesante la incorporación al proceso de los datos electrónicos de tráfico o asociados -que en la investigación de determinados ilícitos penales puede resultar de decisiva importancia-, por lo que se impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados. Su incorporación al proceso sólo se autoriza cuando se trate de la investigación de un delito que, por razones vinculadas al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones. A su vez, se da un tratamiento jurídico individualizado al acceso por agentes de policía al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de identificación de una determinada tarjeta o terminal.²³¹

²³⁰ Art. 308. Destrucción de las grabaciones.

“1.- Una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de las grabaciones originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la interceptación, de las que solamente se conservará una copia bajo custodia del Fiscal o del Tribunal.

2.- Se acordará la destrucción de las copias en poder del Fiscal o de la autoridad judicial cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito.

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

²³¹ Art. 310. Datos obrantes en archivos automatizados de los operadores de servicio.

“1.- Los datos electrónicos conservados por los operadores en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación sobre telecomunicaciones y que hayan sido tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, sólo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.

2.- Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 295, el Fiscal solicitará del Tribunal de Garantías autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los operadores, precisando la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión.”

Art. 311. Identificación mediante número IP.

“1.- Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de Policía tuvieran acceso a una dirección IP correspondiente a un terminal que estuviera siendo utilizado para la comisión de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 295 y no constara la localización del equipo ni los datos de identificación personal del usuario, lo pondrán en conocimiento del Fiscal.

2.- A la vista de la naturaleza de los hechos y siempre que resultare procedente, el Fiscal solicitará del Tribunal de Garantías que requiera de la operadora la cesión de los datos que permitan la localización del terminal y la identificación del sospechoso.”

i) Finalmente, no podemos dejar de hacer mención a la novedad de que el Borrador de Código Procesal Penal dedica también un Capítulo a la “Captación y grabación de conversaciones mediante la utilización de dispositivos electrónicos” -Capítulo VII, arts. 320 a 328-, pudiéndose autorizar la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las conversaciones privadas que se mantengan por la persona investigada, en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto, en su domicilio u otros lugares cerrados, pudiéndose colocar los dispositivos de escucha y grabación tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado.

En conclusión, tal y como viene destacando la doctrina más autorizada -al destacar la gran altura jurídica de ambos textos-, el primero acoge directamente de las soluciones jurisprudenciales que en buena parte hace propias; el segundo, con un sentido más práctico y anclado en un mayor conocimiento de la realidad de la práctica cotidiana de la investigación criminal, se inspira en buena parte en las soluciones técnicas de su precedente inmediato, a las que no solamente mejora, sino que priva de formalismos innecesarios y nutre de soluciones jurídicas que lo convertían en un texto más manejable, pero no por ello menos riguroso en el respeto de las garantías constitucionales y procesales.²³² Del mismo modo, otra parte de la doctrina -al margen de valorar positivamente el avance que suponen las anteriores propuestas de reforma-, ha señalado determinadas carencias consistentes: en primer lugar, no hacen referencia al sistema por el cual se intervienen las comunicaciones -SITEL-, y si bien considera arriesgado incluir en la regulación el sistema concreto por el cual se deben intervenir las comunicaciones dada la rapidez con que evoluciona el desarrollo tecnológico, al menos sería inexcusable fijar unos requisitos mínimos de seguridad y privacidad del sistema, junto con la necesidad de que dicho sistema garantice suficientemente la autenticidad e integridad de los

Art. 312. Identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI.

“1.- Siempre que en el marco de una investigación por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 295, no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y éste resulte indispensable para recabar la autorización judicial para la intervención de las comunicaciones, el Fiscal podrá autorizar a la Policía para el empleo de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI.

2.- Una vez obtenidos los códigos que permiten la identificación del aparato o de alguno de sus componentes, el Fiscal podrá dirigirse al Tribunal de Garantías solicitando la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 297.

El Tribunal dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud en el plazo establecido en el artículo 298.”

²³² RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 76.

resultados obtenidos; en segundo lugar, en sede de prueba, se critica que ninguna de las propuestas recoge el modo de introducción de los resultados de las intervenciones en el juicio oral.²³³

3.3.3) La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

La necesaria reforma normativa ha llegado tras la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica nº 13/2015, de 5 de octubre -BOE 6 de octubre de 2015-.

Su importancia parece notoria toda vez que, por una parte, introduce cambios jurídicos, sustantivos así como de naturaleza estrictamente procesal, los cuales afectan al ámbito propio de la ley orgánica, puesto que desarrolla derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en los arts. 18 y 24 de la Carta Magna; por otra parte, y en la línea de lo reflejado en el apartado anterior del presente trabajo, no puede desconocerse que la jurisprudencia del TC sobre el desarrollo legal de algunos derechos fundamentales así como la delimitación de su contenido esencial, ha sufrido variaciones a lo largo de los años.²³⁴ Y es que el propio Preámbulo -Apartado IV- de la LO valora como “meritorio el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito”, si bien introduce una importante reflexión cuando señala que “el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado”, y señala el “carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal”, las cuales “hoy por hoy carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable”.

La doctrina ha destacado la reforma y considera un acierto integrar legislativamente toda la regulación que necesitaba esta materia, ya que ahora se cuenta con un tratamiento normativo -no ya jurisprudencial- en la LECRim., lo que otorga a las decisiones que puedan adoptarse en este ámbito que afecta a los

²³³ CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 367.

²³⁴ Apartado II Preámbulo LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

derechos fundamentales reconocidos en la CE, con claras repercusiones en materia probatoria, de la necesaria seguridad jurídica.²³⁵

En ese sentido, la reforma actualiza la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica con la redacción de un nuevo art. 579, integrado en un nuevo Capítulo III del Título VIII del Libro II por el apartado diez del artículo único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, y cuya modificación se recoge en el apartado once,²³⁶ el cual acota su ámbito material de aplicación optando -frente a otros modelos normativos que acogen una enumeración casuística de los delitos que autorizan este medio de investigación- por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres requisitos que vienen definidos en el apartado 1 de este artículo, los cuales sirven de referencia para fijar el ámbito de aplicación de otras medidas de investigación, y que son: a) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión, es decir, que opera como una limitación genérica de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena; b) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; c) que se trate de delitos de terrorismo.

²³⁵ JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A.L, *La reforma procesal penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 143 y ss.

²³⁶ Art. 579: De la correspondencia escrita o telegráfica. 1. El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; 3.º Delitos de terrorismo. 2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos. 3. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad. Esta medida se comunicará inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la medida. 4. No se requerirá autorización judicial en los siguientes casos: a) Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido; b) Aquellas otras formas de envío de la correspondencia bajo el formato legal de comunicación abierta, en las que resulte obligatoria una declaración externa de contenido o que incorporen la indicación expresa de que se autoriza su inspección; c) Cuando la inspección se lleve a cabo de acuerdo con la normativa aduanera o proceda con arreglo a las normas postales que regulan una determinada clase de envío. 5. La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

A su vez, debe hacerse mención expresa de la introducción de un nuevo art. 579 bis, integrado en un nuevo Capítulo III del Título VIII del Libro II por el apartado diez del artículo único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, y cuyo redactado se recoge en el apartado doce,²³⁷ relativo a la utilización del resultado de esta diligencia en otro proceso penal distinto, en particular con respecto al tratamiento de los denominados “hallazgos casuales” así como a la continuación de la medida, en dicho otro proceso, para lo cual se requerirá un nuevo auto judicial que convalide esta situación, sirviendo esta previsión de pauta para el resto de medidas de investigación tecnológica.

A continuación, se crea por el apartado trece del art. único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo IV -arts. 588 bis a -588 bis k-, el cual regula una serie de disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información y los registros remotos sobre equipos informáticos, destacando a mi modo de ver la proclamación normativa de los principios que deben ser determinantes para la validez del acto de injerencia, y que recoge el nuevo artículo 588 bis a.

En ese sentido, la norma exige un requisito indispensable para que durante la instrucción de los procedimientos penales se pueda acordar la medida de injerencia: la existencia de autorización judicial, la cual debe estar dictada con plena sujeción a los mencionados principios rectores; esto es, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Por consiguiente, la concurrencia de estos principios debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, en la cual el juez deberá determinar la naturaleza y

²³⁷ Art. 579 bis: Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales. 1. El resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal. 2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen. 3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo se informará si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.

extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.

A su vez, la reforma ha desarrollado una minuciosa regulación del contenido de la solicitud -art. 588 bis b- así como de la resolución judicial -art. 588 bis c- -en su caso- habilitante de la medida de injerencia, con el objeto de regular adecuadamente tanto los aspectos formales de dicha solicitud como los del contenido de la resolución judicial habilitante, pues el propio legislador reconoce que la práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales las cuales adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación.²³⁸

Estas disposiciones comunes que regula el Capítulo IV se extienden, del mismo modo, al resto de cuestiones de forma, como son el secreto -art. 588 bis d-, las reglas generales de duración -art. 588 bis e-, la solicitud de prórroga -art. 588 bis f-, el control de la medida -art. 588 bis g-, la afectación a terceras personas -art. 588 bis h-, la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto -art. 588 bis i-, el cese de la medida -art. 588 bis j-, así como la destrucción de los registros - art. 588 bis k- una vez terminado el procedimiento. Cada diligencia modulará alguno de estos aspectos y se regirá por las reglas específicas de su propia particularidad, tal y como se analizará adecuadamente en los correspondientes epígrafes del Capítulo II del presente trabajo.

Más adelante, en relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se crea por el apartado catorce del art. único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo V -arts. 588 ter a – 588 ter m-, el cual sigue idéntico criterio explicado anteriormente en lo referente a la determinación del ámbito material de aplicación; es decir, la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el art. 579.1 de la reforma, si bien se suman además a la lista los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o por medio de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.²³⁹ Así, el legislador confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que carecían -hasta ahora- de tratamiento normativo en la ley procesal.

²³⁸ Apartado IV Preámbulo LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

²³⁹ Art. 588 ter a.

Como consecuencia de ello, el nuevo texto normativo autoriza la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual; ahora bien, asumiendo su propia y diferenciada instrumentalidad, somete la interceptación de todas las comunicaciones a los principios generales que el texto proclama y que se han mencionado anteriormente. Con ello, el objetivo que se pretende es que sea el propio juez correspondiente, ponderando la gravedad del hecho que es objeto de investigación, quien determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones de los particulares. Por consiguiente, la resolución habilitante de la medida deberá precisar detalladamente tanto el ámbito objetivo como el subjetivo de la misma; es decir, tendrá que motivar -a la luz de los principios rectores generales antes señalados- si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente para el éxito de la investigación y, por tanto, si la misma exige, a su vez, la interceptación de los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional.

La reforma delimita el ámbito de aplicación -art. 588 ter b- para la materialización de la injerencia a aquellos terminales o medios de comunicación que utilice el investigado tanto de forma habitual como ocasionalmente, pudiendo autorizar la intervención judicial el acceso al contenido de las comunicaciones así como a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a aquellos que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, siempre que participe el sujeto investigado -sea como emisor o receptor-; parece interesante destacar que la norma prevé que también podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para la vida o integridad de la misma.²⁴⁰

A su vez, la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona -art. 588 ter c- se podrá acordar en determinados supuestos: Siempre que exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de la misma para transmitir o recibir información; cuando el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o bien se beneficie de su actividad; y también podrá autorizarse la intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado de forma maliciosa por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.

²⁴⁰ A esos efectos, se entenderá por datos electrónicos de tráfico o asociados, todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga.

La reforma regula la duración de la medida -art. 588 ter g-, estableciendo un plazo de tres meses como duración máxima inicial de la intervención -que se computará desde la fecha de autorización judicial-, la cual se podrá prorrogar por períodos sucesivos de idéntica duración -siempre que subsistan las causas que motivaron la misma- estableciendo un plazo máximo de dieciocho meses; es decir, el legislador ha buscado un equilibrio entre la necesidad de valerse de estas diligencias para la investigación de delitos graves para la sociedad y la importancia de definir unos límites de carácter cronológico que no prolonguen de forma innecesaria la interferencia de los poderes públicos en la privacidad de los ciudadanos afectados por la medida de injerencia.

A efectos de controlar la medida de injerencia -art. 588 ter f-, debe destacarse la regulación normativa en cuanto a la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, que pueda garantizar la información volcada desde el sistema central, con el objeto de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes que son puestos a disposición de la autoridad judicial. Se completa la reforma con un precepto destinado a fijar los términos del acceso de las partes a las grabaciones -art. 588 ter i-, así como al borrado y posterior eliminación de las mismas una vez se haya puesto término al procedimiento; ello parece loable, toda vez que se pretende evitar difusión alguna de un material que -por su propio contenido- podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado.

Dentro del Capítulo V, la reforma ha destinado una Sección 2ª referida a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o Asociados, pues ello puede resultar de una importancia decisiva en la investigación de determinados hechos delictivos,²⁴¹ imponiendo la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados -art. 588 ter j-, siempre con el requisito de que se trate de datos vinculados a procesos de comunicación; en ese sentido, la incorporación al proceso de los mismos sólo se autoriza cuando se trate de la investigación de un hecho delictivo el cual, desde criterios vinculados al principio de proporcionalidad, sea de los que justifican el sacrificio a la inviolabilidad del derecho al secreto de las comunicaciones.

En cuanto al acceso por parte de agentes de la autoridad policial al IMSI, IMEI, dirección IP y otros elementos de una determinada tarjeta o terminal, la

²⁴¹ Acogiendo el criterio fijado por la Ley nº 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

reforma otorga un tratamiento jurídico individualizado en la Sección 3ª del Capítulo V; así, se regula el acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad, encontrando tres supuestos claramente diferenciados:

a) Por una parte, la identificación mediante número IP -art. 588 ter k-: Cuando los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de algún hecho delictivo y no conste la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente, ni los datos de identificación personal del usuario, los agentes solicitarán al juez de instrucción que requiera a los agentes sujetos al deber de colaboración -según el art. 588 ter e, “todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual (...)”- la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso.

b) Por otra parte, la identificación de los terminales mediante captación de códigos de identificación del aparato o de sus componentes -art. 588 ter l-: Legítima que los agentes de la Policía Judicial puedan valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de algunos de sus componentes -IMSI o IMEI- cuando en el marco de una investigación no hubiera sido posible obtener un determinado número de abonado y el mismo resulte indispensable a los fines de la investigación; una vez obtenidos dichos códigos, los agentes solicitarán al juez competente la intervención de las comunicaciones, explicando dicha solicitud la utilización de los artificios técnicos utilizados.²⁴²

c) Por último, la identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad -art. 588 ter m-: Si el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial -en el ejercicio de sus funciones- necesitan conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación -o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación- podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una

²⁴² El juez dictará resolución motivada concediendo o denegando la solicitud de intervención en el plazo máximo de veinticuatro horas, por remisión al art. 588 bis c.

red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, los cuales estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Así, para este supuesto de identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad, encontramos una auténtica excepción, pues no es necesaria la autorización judicial.

A modo de apunte final en este apartado, deben señalarse: el apartado quince del art. único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en el Título VIII del Libro II, que incorpora un nuevo Capítulo VI, el cual regula la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos -arts. 588 quater a – 588 quater e-; el apartado dieciséis del artículo único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en el Título VIII del Libro II, que incorpora un nuevo Capítulo VII, el cual regula la utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen, de seguimiento y de localización -arts. 588 quinquies a – 588 quinquies c-; el apartado diecisiete del art. único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en el Título VIII del Libro II, que incorpora un nuevo Capítulo VIII, el cual regula el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información -arts. 588 sexies a – 588 sexies c-; el apartado dieciocho del art. único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en el Título VIII del Libro II, que incorpora un nuevo Capítulo IX, el cual regula los registros remotos sobre equipos informáticos -arts. 588 septies a – 588 septies c-; el apartado diecinueve del art. único de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en el Título VIII del Libro II, que incorpora un nuevo Capítulo X, el cual regula las medidas de aseguramiento -art. 588 octies-.²⁴³

²⁴³ Por su interés, Cfr. MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2015, pp. 171 y ss.

CAPÍTULO II

LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA COMO MEDIDA DE INJERENCIA EN LA INVESTIGACIÓN.

Hasta la promulgación y entrada en vigor de la LO n° 13/2015, de 5 de octubre, la indeterminación y vaguedad de la normativa existente en algunos aspectos de las intervenciones telefónicas no satisfacía los requisitos necesarios que exige el art. 18.3 CE para la debida protección del derecho al secreto de las comunicaciones, en la línea interpretativa que establece el art. 10.2 CE, y de conformidad con el art. 8 CEDH. Por ello, ha sido destacable el relevante papel de la doctrina jurisprudencial del TC y del TS en la materia, cuyas aportaciones han supuesto el desarrollo de determinadas condiciones para la adecuada materialización de la injerencia en la investigación, supliendo así la situación de anomia legislativa existente -a todas luces insuficiente- hasta la actual reforma.

Del mismo modo, la doctrina más especializada ha introducido un elemento de debate al señalar que existen muchas parcelas en las que el acusado se convierte, quiera o no, en objeto del proceso, no en un sentido referente al objeto del proceso desde el punto de vista de la acción, sino en un sentido puramente descriptivo; es decir, que cuando se adoptan medidas de injerencia en derechos fundamentales que le afectan directamente -como el secreto de las comunicaciones-, el acusado es el objeto de las mismas. Así, el imputado adquiere una doble posición: como sujeto y como objeto de las medidas de injerencia, por lo que esta doble posición como sujeto y objeto del proceso caracteriza y permite delimitar su posición jurídica en el marco del procedimiento penal. El imputado es a la vez obligado al proceso y beneficiario del mismo, una diferenciación de estatus de la que cabe derivar una conclusión: el estatus negativo -la garantía de derechos fundamentales- se corresponde con los momentos propios de la investigación, mientras que el estatus positivo -los derechos como parte en el proceso- afectan al juicio.²⁴⁴

Por ello, en el presente Capítulo desarrollaremos las cuestiones debatidas, las soluciones jurisprudenciales existentes planteadas, con las correspondientes opiniones doctrinales, y efectuaremos un análisis comparativo de la reforma de la LE CRim., LO n° 13/2015, de 5 de octubre, para valorar si se han colmado las

²⁴⁴ PÉREZ DEL VALLE, C., "Estatus y derechos del imputado", *Dogmática del Derecho Penal, Tomo II, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, Miraflores, 2014, pp. 817 y ss.

exigencias jurisprudenciales con la regulación actual de la materia, así como el modo en que afecta la medida de injerencia en el derecho de defensa del acusado.

1. El título habilitante.

El expreso reconocimiento que efectúa el art. 18.3 CE al carácter secreto de las comunicaciones supone que la posible invasión de dicho derecho fundamental se produzca exclusivamente mediante resolución judicial, la cual lógicamente deberá ser proporcionada así como estar debidamente fundada y motivada. La cuestión que se debate es qué tipo de resolución judicial debe acordar la medida de injerencia.

El TS ha admitido que la medida de injerencia fuese acordada mediante Providencia, con el argumento de que la resolución judicial se había acordado con anterioridad a la reforma del art. 579 LECrim. efectuada por la LO nº 4/1988, de 25 de mayo, por lo que la única regulación positiva era el art. 18.3 CE, y “en aquellas fechas no había disposición alguna que pusiera límite a la vigencia del tiempo de estas clase de autorizaciones judiciales, y como, por otro lado, tampoco ha de estimarse excesivo el tiempo transcurrido desde la providencia inicial hasta el cese de la medida -algo más de tres meses- entiende esta sala que tal autorización fue válida” y que, por consiguiente, no se había producido ninguna vulneración de derecho fundamental.²⁴⁵ Sin embargo, cuando este mismo procedimiento llegó al TC, éste se manifestó en el sentido de que la argumentación transcrita no podía “considerarse ajustada a la Constitución”, otorgando el amparo, pues se omitía en ella “toda referencia a la carencia de motivación de la providencia que otorgó la autorización excluyente del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE”²⁴⁶; es decir, que el TC incidió más en la ausencia del requisito de motivación en la resolución judicial adoptada, que en el hecho de que la misma fuese una providencia o un auto.

El TC también ha admitido posteriormente en alguna otra sentencia la posibilidad de acordar la medida de injerencia mediante Providencia, siempre que la

²⁴⁵ STS de 16 de enero de 1992, referente a un caso de delito contra la salud pública.

²⁴⁶ STC nº 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

misma reuniese el requisito de motivación anteriormente citado;²⁴⁷ si bien desde hace tiempo la jurisprudencia del TS y del TC requiere que la medida de injerencia deba estar fundada “en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación”.²⁴⁸

Desde el punto de vista normativo, el título habilitante que permite la materialización de la medida de injerencia en la investigación debe ser un Auto, por tratarse de una resolución de carácter judicial que afecta a un derecho fundamental -el secreto de las comunicaciones-.²⁴⁹

Por consiguiente, en la actualidad es pacífico sostener que el título habilitante para materializar la medida de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones debe ser un Auto.

2. Presupuestos para la materialización de la injerencia.

En cuanto a los presupuestos que haya de presentar la resolución judicial al materializar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, de conformidad con los requisitos jurisprudenciales que han ido estableciéndose por el TS y el TC y analizaremos, sólo será posible la interceptación de las comunicaciones telefónicas si media auto judicial fundado -precisamente por la exigencia de motivación-, dictado en el seno de una investigación por delito, en el que sea indicado con precisión el sujeto de la investigación y el número de teléfono intervenido, así como la duración de la medida, que iniciará su cómputo desde la misma fecha del auto, por lo que a su vencimiento quedará sin cobertura cualquier intervención que sea mantenida sin una prórroga formal decretada dentro del plazo de la intervención autorizada.

Por tanto, podemos señalar la necesaria existencia de unos presupuestos para que se pueda efectuar la materialización de la injerencia de forma ajustada a derecho, y destaca en ese sentido que en el sólido y coherente cuerpo doctrinal jurisprudencial desarrollado sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, es preciso

²⁴⁷ STC nº 123/2002, de 20 de mayo, FJ 7º, Ponente Magistrado Dª. María Emilia Casas Baamonde.

²⁴⁸ STS nº 88/2013, de 17 de enero.

²⁴⁹ Art. 141 de la LECrim.

deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso tanto como fuente de prueba -y por tanto como medio de investigación-, o bien pueden operar como prueba directa en sí; es decir, parece claro que la naturaleza y entidad de los requisitos, así como las consecuencias de su inobservancia son substancialmente diferentes. Y es que si bien es cierto que la jurisprudencia ha destacado la finalidad fundamentalmente probatoria de esta medida a través de la cual se pretende establecer la existencia del delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo -pues lógicamente tiene por objeto la obtención de los elementos necesarios sobre los que pueda sustentarse un procesamiento o imputación y una posterior condena-, también la doctrina ha señalado que no es menos cierto que, a su vez, se configura como un importante medio de investigación, en cuanto constituye un instrumento útil para obtener otros medios de prueba o para decidir sobre los sucesivos actos de investigación.²⁵⁰

Por consiguiente, como fuente de prueba y como medio de investigación deben ser respetadas unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas. En este sentido los principales requisitos son tres: judicialidad de la medida, excepcionalidad de la medida y la proporcionalidad de la medida, si bien la reforma efectuada por la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, ha introducido una oportuna proclamación normativa de una serie de principios rectores determinantes para la validez del acto de injerencia, y que son los de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad,²⁵¹ cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en el auto o resolución judicial habilitadora, lo cual hemos de valorar inicialmente como un importante logro por parte del legislador, ya que supone colmar el trabajo jurisprudencial efectuado durante muchos años por nuestros tribunales.

2.1) Cobertura legal y garantía jurisdiccional de la intervención.

El principio de legalidad constituye un presupuesto elemental para todo acto procesal que pretenda la limitación de un derecho fundamental. Por ello, era tarea del legislador trabajar en el desarrollo de una normativa que permitiese a los

²⁵⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal", en *Revista del Ministerio Fiscal nº 1*, Madrid, 1995, p. 118.

²⁵¹ Art. 588 bis a., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

órganos jurisdiccionales disponer de una habilitación legal tanto para poder efectuar tales injerencias en los derechos fundamentales, como para el eficaz control judicial necesario en una sociedad democrática desde las exigencias del art. 8 del CEDH, que -como hemos visto- exige una previsión legal para las actividades de investigación que puedan afectar al secreto de las comunicaciones.

La jurisprudencia del TC se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que toda injerencia estatal que incida directamente sobre el desarrollo, límite o condiciones del ejercicio en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas precisa de una habilitación legal,²⁵² la cual debe reunir una triple condición sobre la previsión de las medidas limitativas de los derechos fundamentales, las cuales son consecuencia de las sentencias dictadas por el TEDH²⁵³. En primer lugar, la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto; en segundo lugar, el rango legal que ha de tener dicha disposición; y, finalmente, la calidad de la ley como garantía de seguridad.²⁵⁴ Todo ello adquiere, si cabe, mayor importancia, en el ámbito del proceso penal, toda vez que al mismo -tal y como manifiesta nuestro TC-, se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema -la imposición de penas criminales-, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales.²⁵⁵

Por ello, y haciendo especial hincapié en la excepcionalidad de este medio de investigación -la cual se justifica porque el mismo exige el sacrificio de un derecho fundamental como es el del secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 CE-, la doctrina jurisprudencial del TS ha intentado colmar las lagunas existentes en la ley, detallando los principios elementales o requisitos básicos que deben concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas.²⁵⁶

²⁵² STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón y nº 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde, entre otras.

²⁵³ STEDH *caso Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, STEDH *casos Kruslin y Huvig vs. Francia*, de 24 de abril de 1990, y STEDH *caso Valenzuela Contreras vs. España*, de 30 de julio de 1998, citadas con anterioridad.

²⁵⁴ STC nº 169/2001, de 16 de julio, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Julio Diego González Campos.

²⁵⁵ STC nº 18/1999, de 22 de febrero, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

²⁵⁶ Citamos, a modo de ejemplo, STS de 12 de Septiembre de 1994, STS nº 554/1996, de 22 de Julio, STS nº 467/1998, de 3 de Abril, así como la STS nº 998/2002 de 3 de Junio, STS nº

En primer término, consideramos oportuno destacar la exclusividad o garantía jurisdiccional de la intervención, entendida en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial pueden ser establecidas limitaciones y restricciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Este principio de reserva jurisdiccional en materia de restricción de los derechos fundamentales en el Derecho español parece tener explicación en el hecho de que la limitación de los derechos fundamentales debe rodearse de las máximas garantías. Ahora bien, a la garantía jurisdiccional de la intervención deben hacerse algunas matizaciones. En efecto, del tenor literal del art. 8.2 CEDH, no se desprende la exigencia de que el acto de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones venga autorizado por un órgano judicial, aunque en nuestro Derecho interno prevalezca dicha reserva jurisdiccional de acuerdo con la indicada “cláusula” de mayor protección para los derechos fundamentales.

Por otra parte, la autorización judicial requiere otro requisito objetivo: que la finalidad de la medida de injerencia sea legítima. En ese sentido, desde la óptica constitucional probablemente sería suficiente con que dicha finalidad de la injerencia no fuese contradictoria con nuestra Carta Magna para que la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones fuese acorde a derecho. Ahora bien, tal y como recuerda el CEDH en su art. 8.2, para que el fin sea legítimo y la injerencia en el derecho fundamental sea admisible, existen una serie de objetivos o fines que debe perseguir la medida que constituye dicha injerencia, y que expresamente son: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En todo caso, lo fundamental es que en nuestro Derecho resulta obligatoria la autorización jurisdiccional previa de cualquier intervención realizada en el marco del art. 18.3 CE como garantía de los derechos del ciudadano. Del respeto a esta garantía depende la ulterior validez probatoria del material obtenido por este medio; por ello, debemos considerar como prohibida la restricción de este derecho por cualquier autoridad que no sea la judicial.

297/2006, de 6 de Marzo, STS nº 610/2007, de 28 de Mayo, STS nº 777/2008, de 18 de Noviembre y STS nº 1093/2010, de 30 de diciembre.

2.1.1) Las excepciones.

El hecho de que esta garantía de exclusividad de la jurisdicción sea prácticamente absoluta tiene algunas excepciones que recoge nuestro propio texto constitucional, pues no podemos olvidar los supuestos de estados de excepción o de sitio, así como los supuestos en que se investiguen bandas armadas o terroristas,²⁵⁷ y no se trata sólo de una proclamación constitucional con un impacto inmediato en la legislación procesal y en la jurisprudencia; de hecho, sus efectos se dejan ver también en legislación más especializada.

En primer lugar, la regulación de los estados excepcionales permite la suspensión de determinados derechos fundamentales con carácter genérico, entre ellos el secreto de las comunicaciones. Esta posibilidad la encontramos regulada en la LO nº 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Dicha suspensión no opera de modo automático, sino que deberá estar prevista expresamente en el decreto que declare dicho estado excepcional o de sitio -para el estado de alarma no está prevista la suspensión de derechos-. La intervención de las comunicaciones podrá efectuarla la autoridad gubernativa en los casos en que dicha medida resulte necesaria “para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público”,²⁵⁸ quien deberá comunicar inmediatamente dicha resolución por escrito motivado al Juez competente. Aquí se plantea la cuestión de si es suficiente ese conocimiento por parte del juez para poder hablar de la debida garantía jurisdiccional de la intervención; en ese sentido, parte de la doctrina sostiene que “incluso en estos supuestos excepcionales se mantiene la garantía judicial”,²⁵⁹ si bien en nuestra opinión discrepamos de la idoneidad de la regulación, puesto que de la norma no se desprende la existencia de control judicial posterior de la medida.

En segundo lugar, la excepcionalidad se da con carácter individual para casos de urgencia, siempre que las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con actos de bandas armadas o elementos terroristas, así como que existan razones fundadas que hagan del todo imprescindible la medida de injerencia. Es el propio texto constitucional el que prevé la suspensión individual de

²⁵⁷ Art. 55 CE. , en sede del Capítulo V (“De la suspensión de los Derechos y Libertades”).

²⁵⁸ Art. 18 LO nº 4/1981, de 1 de junio.

²⁵⁹ ELVIRA PERALES, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p. 57.

derechos en dichos supuestos²⁶⁰ y la LECrim. regulaba dicha posibilidad, que otorgaba la facultad de dar la orden de intervención de las comunicaciones al Ministro del Interior o, en su defecto, al Director de la Seguridad del Estado, los cuales tenían la obligación de comunicar inmediatamente -mediante escrito motivado- al Juez competente la existencia de dicha orden, el cual en un plazo máximo de setenta y dos horas debía confirmar o revocar tal resolución de forma motivada.²⁶¹

La cuestión de debate que se planteaba era si dicha excepción podría suponer abusos por parte de los poderes públicos al materializar la injerencia y vulnerar -de ese modo- los derechos fundamentales de los individuos. En ese sentido, el TC resolvió en favor de la constitucionalidad de la “suspensión de determinados derechos fundamentales, es decir, de situaciones normativas temporales en las que el régimen de determinados derechos fundamentales no es el previsto como regular y ordinario, sino uno distinto, instaurado como respuesta a una amenaza específica al orden democrático, cual es el terrorismo”, y recogió como exigencia la “inexcusable mediación jurisdiccional como condición de validez de todas y cada una de las medidas concretas de suspensión de derechos permitidas por la CE”.²⁶²

La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre faculta la posibilidad de ordenar la injerencia al Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad,²⁶³ si bien la medida deberá comunicarse de inmediato al juez competente en el plazo máximo de veinticuatro horas -incluyendo los motivos que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado, así como su resultado-, el cual -también de forma motivada y en el plazo máximo de setenta y dos horas- confirmará o revocará tal actuación. En este sentido, la reciente STEDH *caso Szabó y Vissy vs. Hungría*, de fecha 12 de enero de 2016, ha admitido la intervención de comunicaciones en materia de terrorismo - con razones de urgencia acreditada- por parte de la autoridad gubernativa, siempre que de modo inmediato haya tenido conocimiento la autoridad judicial para su debido control, considerando conformes al CEDH las normativas que permiten esa posibilidad de intervención de la autoridad gubernativa de la medida de injerencia.

²⁶⁰ Art. 55.2 CE.

²⁶¹ Art. 579.4 LECrim., según reforma efectuada por LO nº 4/1988, de 25 de mayo.

²⁶² STC nº 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Pedro Cruz Villalón.

²⁶³ Art. 588 ter d.3, LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

En tercer lugar, esta excepcionalidad se ve reflejada en la LO nº 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia -y que es complementaria de la Ley nº 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia-, con objeto de posibilitar y asegurar la teórica jurisdiccionalidad de la intervención de las comunicaciones realizadas a instancias del CNI, que se reserva a un Magistrado de la Sala de lo Penal del TS.

Destacamos positivamente el intento de mayor control de las actuaciones de los servicios de inteligencia, pues determinadas actuaciones se habían producido con desprecio a las reglas de un Estado democrático y de Derecho, cuando precisamente es a los poderes públicos a quienes se debe exigir mayor pulcritud con las garantías de los derechos fundamentales de los individuos. En ese sentido, consideramos que el legislador quiso remediar situaciones fuera del debido control, con especial referencia a la causa por la que el TS -conocida como caso CESID- condenó a varios funcionarios públicos como autores penalmente responsables de un delito continuado de interceptación ilegal de las comunicaciones telefónicas.²⁶⁴

La LO nº 2/2002, de 6 de mayo, recoge que el Secretario de Estado Director del CNI solicitará al Magistrado del TS competente, autorización para la “adopción de medidas que afecten al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”.²⁶⁵ El contenido de la solicitud de autorización deberá contener los siguientes extremos: especificación de las medidas solicitadas; hechos, fines y razones que motiven la medida solicitada; identificación de la persona o personas afectadas por la medida y lugar donde debe practicarse la injerencia; duración de la misma, que no podrá exceder de tres meses, prorrogables por iguales períodos en caso de necesidad. El Magistrado que reciba la solicitud acordará la autorización o no en un plazo máximo de setenta y dos horas -reducible a veinticuatro horas por motivos de urgencia- mediante resolución debidamente motivada, y dispondrá lo necesario para la reserva de las actuaciones, que serán clasificadas como secretas.

²⁶⁴ STS nº 367/2001, de 22 de marzo.

²⁶⁵ Art. Único LO nº 2/2002, de 6 de mayo.

2.2) La adopción de la medida: el momento procesal.

2.2.1) La cuestión formal.

El marco procesal en el que puede procederse a la materialización de la injerencia también es objeto de interesante análisis. En ese sentido, una primera posibilidad la encontramos en que se solicite la intervención telefónica en el seno de unas meras Diligencias de Investigación; es decir, diligencias que se incoan como consecuencia de que el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o porque se le ha presentado una denuncia o atestado, ya que podrá practicar las diligencias que estime oportunas tanto para la comprobación de los hechos como para determinar la responsabilidad de los partícipes en los mismos. La LECrim faculta al Ministerio Fiscal para esta actuación²⁶⁶ y la jurisprudencia del TS ha reconocido tal “capacidad del Ministerio Fiscal para incoar las Diligencias de Investigación de carácter preprocesal al objeto de comprobar los hechos denunciados y la responsabilidad de los partícipes en los mismos”.²⁶⁷ Por tanto, el Ministerio Fiscal puede acordar la práctica de determinadas Diligencias de Investigación, tales como ruedas de reconocimiento, reconocimientos fotográficos, informes periciales, declaraciones testificales, careos o inspecciones oculares, si bien la investigación sobre titularidad y comunicaciones realizadas desde determinado número de teléfono no le están permitidas,²⁶⁸ toda vez que el propio TS ya estableció que “es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización” para obtener dichos datos.²⁶⁹

Por consiguiente, la posibilidad de que se practique la medida de injerencia en la Diligencias de Investigación es del todo improcedente, toda vez que no existe todavía un procedimiento judicial en curso desde la óptica formal del mismo, de lo cual se desprende que cuando en el seno de una investigación que podemos calificar de “preliminar” se considere necesaria la adopción de esta medida, lo que

²⁶⁶ Art. 773.2 LECrim.

²⁶⁷ STS nº 486/2007, de 30 de mayo.

²⁶⁸ Circular 4/2013 de la Fiscalía General del Estado, Apartado III.3.2.

²⁶⁹ Acuerdo Pleno no jurisdiccional del TS, de 23 de febrero de 2010.

procede es la rápida judicialización de dichas diligencias -sin solución de continuidad para las mismas-, para que las facultades de investigación sean traspasadas de inmediato al Juez de Instrucción,²⁷⁰ quien decidirá sobre la adopción de la medida de injerencia.

Otra cuestión es la posible adopción de la medida en el curso de unas Diligencias Indeterminadas: por una parte, un sector doctrinal considera que no cabe la adopción de la medida en las diligencias indeterminadas -pues prácticamente no existen-, al entender mayoritariamente que las intervenciones telefónicas no pueden adoptarse, ni en las diligencias policiales de prevención, ni en la investigación oficial o preliminar a la judicial del Ministerio Público, ni en el curso de las atípicas diligencias indeterminadas,²⁷¹ por lo que se considera necesario que exista una instrucción formal con carácter previo,²⁷² ya sea en un procedimiento sumario o en unas diligencias previas. Incluso que a fin de evitar escuchas de prospección o predelictuales es necesaria la existencia previa de un proceso penal en trámite, de lo que se desprende que no pueden ser admitidas las intervenciones telefónicas que hayan sido efectuadas en unas diligencias indeterminadas.²⁷³ Por otra parte -de modo minoritario-, otro sector doctrinal señalaba que si bien lo correcto sería proceder de conformidad con alguno de los procedimientos previstos en la LECrim., es decir, procedimientos sumarios o diligencias previas, ya admitía que la adopción de la medida en diligencias indeterminadas no afectaba a la validez²⁷⁴ de la materialización de la injerencia, o incluso entendía que no podía considerarse nulo todo lo que se haya actuado bajo la cobertura de las diligencias indeterminadas si no hay violación de algún derecho fundamental.²⁷⁵

Este criterio ha sido mayoritariamente compartido por nuestros tribunales, pues la jurisprudencia del TS sí ha permitido que la posibilidad de intervenir las

²⁷⁰ STS de 25 de mayo de 1993.

²⁷¹ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2007, p. 412.

²⁷² LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 83.

²⁷³ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 185.

²⁷⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 73 y 74.

²⁷⁵ HURTADO ADRIÁN, A. L., "El teléfono como medio de investigación en el proceso penal", en *Actualidad Penal* n.º 9, Madrid, febrero-marzo, 1994, pp. 172 y 173.

comunicaciones telefónicas tenga encaje en las diligencias indeterminadas, declarando su aptitud y validez toda vez que no genera indefensión a la parte,²⁷⁶ otorgándole mayor relevancia al hecho de que la injerencia se haya materializado con la concurrencia del requisito de motivación en la resolución adoptada por el Juez que ha adoptado la medida. En ese sentido, de algún modo parece reconocerse cierto carácter de irregularidad procesal, si bien sin mayores consecuencias para la validez de las mismas, al no suponer efecto invalidante alguno para la causa²⁷⁷. Sin embargo, ello no ha evitado la existencia de pronunciamientos en contra de dicha interpretación en alguna resolución de nuestro Alto Tribunal,²⁷⁸ aunque es una línea jurisprudencial prácticamente abandonada en la actualidad.

Por su parte, para el TC, el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, *per se*, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control, tanto de un control inicial -ya que, aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE-, como de otro posterior -esto es, cuando se alza la medida, control por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla-, no quebrándose esa garantía cuando, adoptada la medida en el marco de unas diligencias indeterminadas, éstas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, "satisfaciendo

²⁷⁶ STS nº 20/1996, de 28 de marzo, y STS nº 467/1998, de 3 de abril.

²⁷⁷ Sirva como ejemplo la STS nº 273/1997, de 24 de febrero, cuando señala que "si bien hubiera resultado más correcto y ortodoxo dictar el auto cuestionado en diligencias previas al no estar previstas específicamente en nuestra legislación las indeterminadas, ello no supone en modo alguno defecto invalidante, ya que cualquier infracción procesal no implica "per se" la vulneración del art. 24 CE porque el elemento habilitante de la restricción...se encuentra, no en el procedimiento donde se dicta sino en la resolución judicial que la acuerda. Basta por ello con el auto del juez con la fe del Secretario, sin que tenga que ver el que en tal etapa procesal y el específico procedimiento se califique de Previas o Indeterminadas".

²⁷⁸ La STS de fecha 26 de septiembre de 1995 se pronunció en contra de la admisibilidad de las diligencias indeterminadas como cauce adecuado para la autorización de una intervención de las conversaciones telefónicas, al concluir que "La utilización de un libro registro especial para las denominadas Diligencias Indeterminadas es contrario a la normativa vigente ya que sólo se admite la incoación de asuntos penales por la vía de Diligencias Previas o Sumarios", y la STS nº 628/1999, de 22 de abril, estableció que "La autorización debe darse en el seno de una investigación judicial ya abierta, no siendo admisibles las legalmente inexistentes Diligencias Indeterminadas, que a pesar de todo, en algunos Juzgados todavía se resisten a desaparecer".

así las exigencias de control de cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello inaceptable, secreto".²⁷⁹

En definitiva, para la corriente jurisprudencial mayoritaria se ha venido admitiendo la posibilidad de la materialización de la injerencia en el seno de unas meras diligencias indeterminadas, procedimiento que puede considerarse como suficiente aunque constituya una irregularidad procesal, pues no por ello se viciaría de nulidad la intervención telefónica, siempre que el Juez haya motivado suficientemente la resolución que acuerda la medida y haya observado los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida no teniendo, por consiguiente, relevancia el trámite procesal en que se acuerde la misma.

Ahora bien, en nuestra opinión, y dada la relevancia que tiene la medida, toda injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones debe llevarse a cabo en el seno de alguno de los procedimientos legalmente previstos, y no en unas meras diligencias indeterminadas, a las cuales parece haberseles otorgado un carácter convalidante si se cumplen los requisitos mencionados; pero no podemos olvidar que dichas diligencias indeterminadas no implican la existencia de un proceso penal en curso y que, como hemos comentado, en la actualidad prácticamente no admiten los tribunales ordinarios. Y ello porque la potestad jurisdiccional necesariamente ha de ejercitarse a través del proceso, es decir, que la relación jurisdicción-proceso es la que guarda una función con su instrumento esencial e imprescindible²⁸⁰ o, a *sensu contrario*, no existe actividad jurisdiccional que no sea procesal, pues la correlación entre el ejercicio de potestad jurisdiccional y la actividad procesal debe ser absoluta.²⁸¹ De lo cual se desprende necesariamente que la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones no puede dar lugar a la formación de una causa, sino que la forma de proceder es

²⁷⁹ En ese sentido se pronuncian las STC nº 259/2005, de 24 de octubre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Javier Delgado Barrio, la cual incluye un Voto Particular discrepante del propio Magistrado Ponente, al cual también se adhiere el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, y STC nº 126/2000, de 16 de mayo, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

²⁸⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción*, Ramón Areces, Madrid, 2004, p.44.

²⁸¹ MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.105.

precisamente la contraria²⁸²; es decir, que como consecuencia de la existencia de un proceso penal pueda acordarse la medida. En ese sentido, nuestra postura parece ser la acogida por el legislador, toda vez que del tenor literal de la norma en la actual reforma se desprende sin lugar a dudas que las medidas de investigación -siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida- se podrán acordar durante la instrucción de las causas; es decir, no con anterioridad a la existencia de un proceso.²⁸³

2.2.2) El secreto para las partes.

2.2.2.1) El debate en la doctrina.

Sea cual fuere el momento en el que se materializa la injerencia, desde la óptica procesal encontramos que una consecuencia necesaria de su materialización es la declaración de secreto de las actuaciones. Parece inherente a la naturaleza y finalidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas del investigado en un proceso penal que su autorización y desarrollo se lleven a cabo sin conocimiento del interesado, pues incluso la jurisprudencia ha recordado que “sería absurdo avisar a alguien de que se le va a intervenir su teléfono”²⁸⁴. Por ello, para que la medida no se vea privada de eficacia, toda resolución que acuerde la interceptación de las comunicaciones exigirá necesariamente que, previa o simultáneamente, se declare el secreto del sumario para las partes personadas.²⁸⁵

La doctrina mayoritaria defiende esa necesidad de declaración expresa de secreto,²⁸⁶ necesidad entendida como forma de reaccionar frente al uso de las atípicas diligencias indeterminadas, así como a la oscuridad procesal que las

²⁸² FERNÁNDEZ ESPINAR, G., “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, en *Revista Poder Judicial* n° 32, Madrid, 1993, p.28.

²⁸³ Art. 588 bis a., LO n° 13/2015, de 5 de octubre.

²⁸⁴ STS n° 738/1996, de 11 de octubre.

²⁸⁵ MORENO CATENA, V.; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal: Proceso Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 309.

²⁸⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Las intervenciones telefónicas”, en “La prueba en el proceso penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992, p.456.

mismas suelen conllevar, lo cual en el fondo es un modo de resolver la cuestión formal.

Hasta la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, en nuestro ordenamiento jurídico el art. 302 de la LECrim.²⁸⁷ era el que posibilitaba la declaración de secreto -total o parcial- de las actuaciones para las partes, si bien la problemática que se planteaba es que, por otra parte, el art. 118 LECrim.²⁸⁸ -también reformado por la LO nº 13/2015, de 5 de octubre- recogía la posibilidad del ejercicio del derecho de defensa a toda persona a la que se le impute un acto punible, actuando en el procedimiento, cualquiera que sea el mismo, desde que se le comunique su existencia, circunstancia que no se daría si concurre la declaración de secreto del sumario. En ese sentido, de la aplicación conjunta de los arts. 118 y 302 de la LECrim. resultaba la imposibilidad de excluir la obligación de comunicar la existencia de un procedimiento penal a los imputados -ex art. 118 LECrim., anterior a la reforma- si no se adoptaba al mismo tiempo la declaración de secreto permitida por el citado art. 302 de la LECrim.²⁸⁹

Este criterio parecía necesario, especialmente si se contempla que el Reglamento sobre las condiciones sobre la prestación de servicios de las comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, expresamente establece que la interceptación se efectuará de manera que “ni el sujeto a la interceptación, ni ninguna persona no autorizada, pueda tener conocimiento de la misma”. En efecto, “las prestaciones del servicio deben ser las mismas que en ausencia de la interceptación, y ninguna alteración de éste puede permitir sospechar que se está realizando una intervención.²⁹⁰ De ahí que también en esa perspectiva se considerase necesaria la declaración de secreto, pues sólo así se podría entender estas indicaciones en una disposición reglamentaria.

Otra cuestión de debate es la posibilidad de que la declaración de secreto de las actuaciones no excluye la necesidad de que, una vez declarada su finalización, se ponga en conocimiento de la persona imputada la existencia de una causa penal

²⁸⁷ Art. 302 LECrim., según redacción dada por Ley nº 53/1978, de 4 de diciembre.

²⁸⁸ Art. 118 LECrim., según redacción dada por Ley nº 53/1978, de 4 de diciembre.

²⁸⁹ RIVES SEVA, A.P., *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Aranzadi, Madrid, 2000, p. 93.

²⁹⁰ Art. 93 RD nº 424/2005, de 15 de abril.

dirigida contra la misma, aunque ciertamente, en un inicio, se le cierre el acceso a las líneas de investigación. La doctrina ha destacado que el levantamiento del secreto de las actuaciones se configura como una importante garantía del derecho de defensa frente al resultado de la investigación criminal,²⁹¹ criterio con el que mostramos la más absoluta conformidad.

Por consiguiente, una vez levantado el secreto deben ponerse en conocimiento del sujeto afectado la actuación policial practicada, su alcance y contenido, dándole así la oportunidad de solicitar lo que considere conveniente para la defensa de sus intereses, destacando sobremanera el hecho de que esta notificación debe llevarse a cabo incluso en el caso de que no se hubiera obtenido material suficiente para fundamentar la acusación y se decretase el sobreseimiento provisional de la causa; es decir, la medida debe notificarse siempre.²⁹² Y es que, en efecto, de esta notificación depende la posibilidad de que el afectado por la medida pueda reaccionar frente a las irregularidades que hayan podido producirse,²⁹³ pues de otro modo quedaría indefenso: una actuación irregular quedaría oculta y la exigencia de control de legalidad de actuación de los poderes públicos sería ineficaz.

2.2.2.2) El posicionamiento jurisprudencial.

En cuanto al posicionamiento jurisprudencial, el TC reconoce con claridad el carácter secreto que debe tener la medida de injerencia²⁹⁴. Sin embargo, la cuestión no es tan pacífica en las resoluciones dictadas por el TS, pues encontramos interpretaciones encontradas: Por una parte, encontramos sentencias del TS que se pronuncian en el sentido de considerar necesaria la declaración formal de secreto del sumario, porque el mismo no va implícito en la autorización de una intervención

²⁹¹ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 75.; autor que considera que la necesaria puesta en conocimiento del acto de injerencia a las personas afectadas por la medida fue una de las “grandes asignaturas pendientes” de la regulación sobre la intervención de comunicaciones, y recuerda que, curiosamente, las dos sentencias STEDH (*casos Valenzuela Contreras y Prado Bugallo vs. España*) que refutara la adecuación de la Ley española al art. 8 CEDH, no cuestionaron la legislación nacional en este punto, en RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 206.

²⁹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p.49.

²⁹³ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista de Derecho Constitucional* n^o 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 35.

²⁹⁴ STC n^o 126/2000, de 16 de mayo, FJ 5^o, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

telefónica.²⁹⁵ Por otra parte, el TS ha entendido que lo que resulta consustancial al acto de injerencia no es tanto el carácter secreto cuanto la no comunicación de su existencia al investigado,²⁹⁶ de modo que no se estima necesaria, en base a esta distinción, la declaración de secreto de las actuaciones en aquellos supuestos en los que todavía no se ha incoado un procedimiento penal en sentido estricto; incluso algunas resoluciones consideran implícita la declaración de secreto cuando se adopta una medida de intervención de las comunicaciones.²⁹⁷

En cualquier caso, la postura mayoritaria de la jurisprudencia del TS considera que la omisión de la declaración de secreto del sumario es una simple irregularidad procesal, que no genera defectos insubsanables,²⁹⁸ que no tiene relevancia constitucional,²⁹⁹ y que, por tanto, no afecta a la eficacia probatoria de las escuchas así realizadas,³⁰⁰ constituyendo la única condición *sine qua non* que el resultado de la intervención telefónica se comunique a la persona afectada.³⁰¹

En definitiva, se ha producido una diferencia de criterios jurisprudenciales en el TS, puesto que incluso cuando se exigía una mayor exigencia formalista, no se apreciaba por ello motivo de nulidad alguna en tal omisión sino una mera irregularidad procesal, por lo que la no declaración formal del secreto de las actuaciones en el procedimiento no tenía consecuencia de relevancia alguna.

²⁹⁵ STS nº 288/1998, de 26 de febrero.

²⁹⁶ STS nº 1661/2000, de 27 de noviembre.

²⁹⁷ STS nº 2209/2001, de 23 de noviembre.

²⁹⁸ Por tanto, en estos supuestos se trataría de una vulneración de la legalidad ordinaria sin ningún alcance constitucional que pueda viciar la validez de este medio de investigación, posicionándose también en esa línea el TC -STC nº 100/1995, de 20 de junio, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra-.

²⁹⁹ Esta postura, mantenida en la actualidad, se expone en la STS nº 402/2008, de 30 de junio, que considera que la no declaración de secreto es un vicio de procedimiento sin relevancia constitucional, ya que no existió indefensión material alguna para las personas afectadas -art. 24.1 CE- las cuales, "cuando en calidad de imputados tomaron contacto con las actuaciones judiciales practicadas, pudieron conocer la medida adoptada en secreto contra ellos, su alcance y contenido, habiendo tenido oportunidad para solicitar al respecto lo que hubieran considerado conveniente para la defensa de sus intereses, no sólo en las calificaciones provisionales, trámite legalmente previsto para pedir la prueba a practicar en el juicio oral, sino incluso durante las diligencias previas antes de su conclusión."

³⁰⁰ STS nº 429/2003, de 21 de marzo.

³⁰¹ STS nº 2102/2002, de 13 de diciembre.

2.2.2.3)La reforma legal.

Tras la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, tanto la solicitud como las actuaciones posteriores a la medida de injerencia solicitada, se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa, por lo que la norma aplicable en la actualidad parece clara y no deja margen a la interpretación; es decir, por el mero hecho de presentación de la solicitud de la medida de injerencia se abrirá una pieza secreta en la que se sustanciará la misma junto el resto de actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada sin necesidad de acordar el secreto de las actuaciones de modo expreso.³⁰²

Respecto a la otra cuestión debatida, esto es, la posibilidad de que una vez declarado concluso el secreto de las actuaciones se deba poner en conocimiento de la persona investigada la medida de injerencia acordada, como consecuencia de la reforma legal, la norma regula expresamente el acceso a las partes de las grabaciones, lo que supone la necesidad de poner en conocimiento de las personas afectadas por la medida de injerencia, si bien debemos destacar que deben darse dos requisitos: por una parte, que se haya alzado el secreto y, por otra, que haya expirado la vigencia de la medida. De hecho, deberán entregarse copias de las grabaciones a las partes, así como de las transcripciones realizadas, con la particularidad de que si en las grabaciones hubiese datos de carácter íntimo, únicamente se entregará la grabación y las transcripciones de aquellas partes que no se refieran a dichos aspectos, haciéndose constar de modo expreso la no inclusión de la totalidad de la grabación en la transcripción entregada.³⁰³

Consideramos que la norma es de carácter garantista, toda vez que con posterioridad otorga un plazo -no establecido por ley, sino que debe señalar el juez en atención al volumen de la información contenida en los soportes- a las partes para proceder al examen de las grabaciones y formular petición de inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que considere relevantes y hayan sido excluidas; resolviendo el juez instructor sobre su incorporación a la causa o sobre su exclusión.

³⁰² Art. 588 bis d., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

³⁰³ Art. 588 ter i., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

Por otra parte, la norma también recoge que se ha de notificar a terceros intervinientes en las comunicaciones el hecho de la práctica de la injerencia, informándoles de las concretas comunicaciones en las que hayan participado, todo ello salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o pudieran perjudicar futuras investigaciones. Si dicha persona lo solicitase, se le deberá entregar copia de la grabación o transcripción de dichas comunicaciones, en la medida de que ello no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere acordado la medida de injerencia.

En todo caso, nuestra crítica al legislador se fundamenta en que la reforma no regula el supuesto de que la solicitud de acordar la medida de injerencia fuese denegada por el juez instructor.

2.3) Excepcionalidad de la medida.

Puesto que la materialización de la injerencia conlleva el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, la intervención telefónica no debe ser entendida como un medio normal de investigación. Dicha excepcionalidad supone que su utilización sea restrictiva o de carácter limitado, siendo exigible una suficiente y previa investigación por parte de la autoridad policial, la cual para poder avanzar en la averiguación del presunto delito necesita que el juez adopte dicha medida.³⁰⁴ En ese sentido, la doctrina ha llegado a manifestar que la intervención telefónica sólo podrá adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.³⁰⁵

Por tanto, no es de recibo sostener que se efectúen peticiones sistemáticas de la autorización en sede judicial e, igualmente, que se concedan las mismas de forma rutinaria, lo cual supone que la injerencia sólo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación -en atención a sus características- otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la

³⁰⁴ STS nº 1184/2001, de 10 de noviembre.

³⁰⁵ BAÑULS GÓMEZ, F., "Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente", *Artículo doctrinal*, Febrero 2007, www.noticiasjuridicas.com, p. 2.

investigación. Así, además de la existencia de indicios de delito, es preciso que el estado de la investigación haga necesaria la restricción del derecho fundamental.³⁰⁶ Por consiguiente, para materializar la injerencia debe darse la circunstancia de que no sea probable la obtención de datos esenciales para la investigación por otros medios menos gravosos, pues de lo contrario conforme al principio de excepcionalidad no procedería acordar una intervención telefónica.

En definitiva, consideramos que si bien el legislador ha recogido la excepcionalidad como uno de los principios rectores a toda medida de injerencia, en realidad estamos ante una especie de recordatorio de que la injerencia no puede ser utilizada con carácter general.³⁰⁷ Esta opinión se justifica: por una parte, en el hecho de que la norma habla de “en aplicación” de dicho principio; por otra parte, en la ausencia de individualidad en su mención normativa, ya que en el mismo apartado 4 del art. 588 bis a. se habla del mismo junto con el principio de necesidad de la medida, lo cual nos parece importante ya que -recordemos- el art. 8.2 CEDH recoge que la medida de injerencia sea “necesaria en una sociedad democrática”.³⁰⁸

2.4) El principio de proporcionalidad.

2.4.1) La exigencia de proporcionalidad.

La anteriormente comentada excepcionalidad de la injerencia -por la limitación que supone de un derecho fundamental- implica que la misma deba estar sometida a más estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad.

La proporcionalidad como principio no tiene reconocimiento expreso en nuestra Carta Magna, si bien nuestra jurisprudencia claramente lo ha venido configurando como un requisito de orden constitucional y no de mera legalidad ordinaria,³⁰⁹ así como un pilar fundamental que debe contener toda autorización judicial que materialice la injerencia en el secreto de las comunicaciones y que

³⁰⁶ STS nº 740/2012, de 10 de octubre.

³⁰⁷ Art. 588 bis a., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

³⁰⁸ El Auto TS de 18 de junio de 1992 ya señalaba que la medida “solo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación de delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones”.

³⁰⁹ STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, entre otras.

implica “de un lado, que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento.”³¹⁰

A su vez, es abundante la jurisprudencia del TEDH que se ha pronunciado al poner de manifiesto que, si bien en algunos casos de limitación de derechos fundamentales, la medida se encontraba prevista por la ley y tenía como objetivo la persecución de un fin legítimo, no resultaba necesaria en una sociedad democrática.³¹¹ En efecto, la interpretación que se da al art. 8.2 CEDH, es que no basta con que la medida se encuentre prevista en la ley y que sea adoptada por un juez -cobertura legal y garantía de jurisdicción-, sino que resulta del todo imprescindible que se justifique objetivamente para la dar correcto cumplimiento a los fines constitucionales que la legitiman, siendo la adopción de la medida la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental. Por tanto, es pacífico sostener que el requisito de la proporcionalidad se exige como necesario en una sociedad democrática para la materialización de la injerencia.

Dicha exigencia de la proporcionalidad supone -en un sistema constitucional como el nuestro, asentado sobre el equilibrio de libertades y derechos fundamentales-, la limitación de la interceptación telefónica a los delitos de mayor entidad, por lo que el objeto de la instrucción debe estar integrado por un hecho punible grave para cuya investigación y esclarecimiento se considere necesaria la medida.³¹²

El problema que se planteaba hasta la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, era la situación de anomia legislativa existente, toda vez que nuestra LECrim. no determinaba ni especificaba qué delitos eran susceptibles de ser investigados mediante la adopción de la medida de intervención telefónica. Pero tampoco estaba establecido un régimen normativo expreso determinante de su aplicabilidad ni en función de la pena, ni por criterios cuantitativos o cualitativos.

³¹⁰ STC nº 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7º y 8º, Ponente Magistrado D. Pablo García Manzano.

³¹¹ A modo de ejemplo, STEDH *caso Valainas vs. Lituania*, de fecha 24 de julio de 2001 y STEDH *caso Basani vs. Italia*, de fecha 11 de diciembre de 2003.

³¹² STC nº 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas y nº 104/2006, de 3 de abril, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

Para la doctrina, el principio de proporcionalidad puede entenderse como un equilibrio que debe existir entre el medio y el fin; es decir, que el medio no resulte desproporcionado para la consecución del objetivo, de tal forma que el sacrificio o limitación del derecho fundamental debe ser proporcional al objetivo perseguido. Por consiguiente, debe existir una proporción entre los diferentes intereses en conflicto: el general, que se pretende defender, y el particular, limitado.³¹³ Y esa proporcionalidad debe darse no sólo con la finalidad perseguida, sino también con la intensidad de la injerencia.³¹⁴

A su vez, la doctrina ha señalado que el principio de proporcionalidad debe inspirar tanto la actuación del legislador al prever la posible limitación en abstracto, como la actuación del juez en el caso concreto. Así, la aplicación de las medidas de interceptación debe ir acompañada de las garantías adecuadas y efectivas que aseguren el mínimo deterioro del derecho fundamental afectado.³¹⁵

Esta situación había llevado a la doctrina a entender que la necesaria proporcionalidad de la medida sólo podía conducir a que únicamente pudiera acordarse en diligencias instruidas por delitos graves,³¹⁶ en una línea que también señaló la Fiscalía General de Estado.³¹⁷ Algunos autores manifestaron que la medida de injerencia únicamente podía acordarse para la investigación de delitos que llevasen aparejada una pena privativa de libertad superior a nueve años,³¹⁸ y sólo estos podrían dar lugar a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y materializar la misma. Por otra, se efectuaba incluso un replanteamiento de a partir de una excesiva amplitud del art. 8.2 CEDH, que sugería

³¹³ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 187 y ss.

³¹⁴ LÓPEZ ORTEGA, J. J., "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez", *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar*, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 22, CGPJ, Madrid, 1997, p.280-281.

³¹⁵ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 108.

³¹⁶ GARCÍA ARÁN, M. y CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 2494.

³¹⁷ Circular nº 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, p. 18.

³¹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Las intervenciones telefónicas: medios de investigación y fuente de prueba*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 1064.

una interpretación absolutamente restrictiva del precepto, con el objeto de evitar que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones pudiera ser vulnerado simplemente para proteger la moral o para la prevención del delito, destacando en ese sentido el principio de necesidad de la medida.³¹⁹

No obstante, la doctrina también ha manifestado que, en las actuales sociedades modernas, la gravedad del impacto del crimen no estaba determinada exclusivamente en función de la pena establecida por el legislador, de lo que se deduce que la gravedad de delito investigado pasaba a juzgarse a la luz del principio de lesividad, con una combinación de criterios cuantitativos y cualitativos, valorando la mayor o menor gravedad del mismo en función del bien jurídico protegido y no sólo de la pena impuesta en el CP.³²⁰

La jurisprudencia de nuestros tribunales intentó colmar dichas lagunas. El TS estableció que una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas solo podía encontrar su justificación -en el ámbito del proceso penal- cuando lo que se persiguiese fuera un delito grave, en el bien entendido de que no sólo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena, sino también su trascendencia y repercusión social.³²¹ El TC fundamentó el criterio básico en la especial gravedad de los hechos punibles, aunque matizó que dicha gravedad no podía estar determinada únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista -esto es, por el criterio penológico-, pese a reconocer que indudablemente era un factor que debía ser considerado;³²² y también entendió que debían tenerse en cuenta otros factores, como la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos, así como la relevancia social de los hechos.³²³

³¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, pp. 30 y ss.

³²⁰ MARTÍN PALLÍN, J.A., *El equilibrio en la conservación de datos y secreto de las comunicaciones: implicaciones en el proceso penal*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, p.154.

³²¹ STS nº 467/1998, de 3 de abril y STS nº 740/2012, de 10 de octubre.

³²² La STC nº 82/2002, de 22 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde, ya puso de manifiesto la innecesidad de acudir a criterios complementarios diferentes al de la propia pena cuando la calificación de un delito como grave lleve aparejada pena calificada como tal por el CP.

³²³ STC nº 104/2006, de 3 de abril, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde, haciendo remisión expresa a la anteriormente citada STC nº 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

Consideramos este principio de gran relevancia en la medida de injerencia sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, en la línea que le ha otorgado el legislador en la reforma de la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, puesto que le otorga un carácter específico y autónomo respecto a otros principios rectores de la medida de injerencia, pues con la actual norma las medidas de investigación “sólo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros.” A su vez, “para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.³²⁴

2.4.2) Tendencias jurisprudenciales hacia la flexibilización.

En todo caso, esa idea inicial de que únicamente la persecución de los delitos graves podía dar lugar a la materialización de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones ha sufrido una permanente apertura a criterios de mayor flexibilidad por parte de los tribunales, y se puso de manifiesto una reinterpretación en el sentido de dar cabida a delitos castigados con pena menos grave, en base a criterios como la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos.

A efectos de exponer diversos ejemplos de dicha flexibilidad jurisprudencial, que ha rebajado el canon de la exigencia del principio de proporcionalidad a la hora de perseguir delitos, presentamos el siguiente panel de casos:

a) El TC señaló que, en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también podría ponderarse, por ejemplo, la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilitaba la perpetración del delito y dificultaba su persecución, como por ejemplo en supuestos de investigación de hechos presuntamente constitutivos de delito contra la propiedad intelectual cometidos utilizando las tecnologías de la información.³²⁵

³²⁴ Art. 588 bis a. 5, LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

³²⁵ STC nº 104/2006, de 3 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

b) El TS entendió que la investigación de un posible delito de robo con violencia en las personas tenía la gravedad suficiente para poder acordar una intervención telefónica.³²⁶ El TS, en una mención al derecho comparado, señaló que estos delitos “tienen una gravedad que no ha sido puesta en duda en ningún momento, y que prueba de ello es que en el derecho europeo este delito aparece, por ejemplo, en la enumeración contenida en el parágrafo 100 a 2.) de la Ordenanza Procesal Alemana; se trata, como es claro, de hechos que tienen riesgo para bienes jurídicos personales de singular importancia y que, por ello, justifican una medida como la intervención telefónica. Por lo tanto, si se tiene en cuenta la trascendencia de los bienes jurídicos puestos en peligro, es evidente que la proporcionalidad no puede ser cuestionada”.³²⁷

c) El TC admitió la intervención telefónica para la investigación de un delito de contrabando de tabaco, sobre la base del criterio de que la gravedad de los hechos no debía determinarse únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que “también tenían que tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad”.³²⁸

d) El TC admitió la intervención telefónica en la investigación de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, con independencia de la penalidad pues “su relevancia estructural para el funcionamiento del Estado y la trascendencia social de los mismos al producir el socavamiento de la confianza de los ciudadanos en aquél y en sus instituciones, entre las cuales los partidos políticos son esencialmente relevantes en el marco de un sistema democrático y pluralista, avalan, sin duda, su gravedad”,³²⁹

e) El TS admitió la intervención telefónica en casos de delitos de cohecho referidos a investigaciones que versaban sobre la utilización de los bancos de datos

³²⁶ STS nº 1426/1998, de 23 de noviembre.

³²⁷ Por su interés en la materia, cfr. RIVES SEVA, A.P., *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 115, donde el autor hace referencias a la regulación en Derecho comparado.

³²⁸ STC nº 14/2001, de 29 de enero, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Julio Diego González Campos.

³²⁹ STC nº 184/2003, de 23 de octubre, FJ 10º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

personales de un organismo oficial con el objetivo de ser vendidos a terceros a cambio de un determinado precio.³³⁰

f) El TS admitió la intervención telefónica en la investigación de un delito de blanqueo de capitales, argumentando que este delito “es, en principio, un delito menos grave, aunque en alguna de sus modalidades puede convertirse en grave”; La sentencia añadió aquí una referencia de política criminal: “la lucha contra el blanqueo de capitales es hoy una de las preocupaciones preferentes de política criminal a nivel no solo europeo sino también mundial, y la dificultad de investigación por otros medios, especialmente en operaciones internacionales, con organizaciones coordinadas lo que supone altos niveles de opacidad, son criterios que deben tomarse en consideración para decidir la proporcionalidad de la medida, a lo que hay que añadir que, en este caso, dicho delito de blanqueo de capitales aparecía relacionado, en su origen, con presumibles conductas de tráfico de drogas, cuya gravedad, cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud, nadie puede cuestionar”.³³¹ Ciertamente, en este caso se hizo mención de dos aspectos adicionales al tipo de blanqueo: el inicio de actuaciones sobre tráfico de drogas y la criminalidad organizada.

g) Todavía llama más la atención la cobertura a la investigación telefónica de un delito de hurto, con el argumento de que debía atenderse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. El TS señaló que “la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse (...) analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción. Desde ese punto de vista no se aprecia que la medida acordada por el Juez fuera desproporcionada. En primer lugar, porque (...) se trató de una investigación de un delito de hurto, en cantidad de especial y cualificada gravedad (...) y continuado (...). Se aprecia por tanto que, en el momento en que los órganos judiciales adoptaron la medida, la infracción podía no ser calificada como leve. A esta misma conclusión se llega si se tienen en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en el caso (posible infidelidad de una parte de los empleados del almacén de la empresa denunciante, y gran dimensión de la empresa) y muy especialmente la no despreciable posibilidad de continuación del hecho delictivo en curso”.³³² Aquí, los factores adicionales estaban vinculados a

³³⁰ STS nº 1194/2004, de 7 de diciembre.

³³¹ STS nº 960/2008, de 26 de diciembre.

³³² STC nº 126/2000, de 16 de mayo, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijos.

la pena: la continuidad delictiva, la gravedad de la cuantía y el abuso de confianza de uno de los autores, si bien sorprende esta explicación del TC, pues la condena para el autor del delito fue de una pena inferior a un año de prisión.

h) De igual modo el TS aceptó la materialización de la injerencia en casos de delitos de revelación de secretos, con el argumento de su especial gravedad -según palabras del TS-, pues “tienen como consecuencia la frustración de la actividad de la seguridad pública del Estado”.³³³

A la vista de esta situación, la jurisprudencia de nuestros tribunales elaboró lo que podríamos denominar un catálogo de garantías mínimas para delimitar los requisitos que debe tener la materialización de la injerencia desde el punto de vista de la proporcionalidad -todo ello con el objeto de evitar posibles abusos en la intervención de las comunicaciones de los ciudadanos-, criterio que ha sido exigido por el propio TEDH.³³⁴ Por ello, podemos señalar la existencia de determinados presupuestos, requisitos y límites que han de ser observados para la correcta adecuación del principio de proporcionalidad al proceso penal en sede de intervenciones telefónicas: Por una parte, son de clara exigencia la necesidad y la idoneidad de la medida, de lo que se desprende que sea una medida imprescindible para el fin perseguido, así como que sea apta para la consecución de dicho fin;³³⁵ es decir, que la diligencia debe ser considerada como indispensable para la investigación del hecho punible y la determinación de su autor, sin que se puedan determinar dichos extremos a través de otro medio probatorio menos gravoso para el investigado. Por consiguiente, el requisito de necesidad de la medida aparece en nuestra doctrina jurisprudencial para configurar debidamente la proporcionalidad de la medida. Su importancia deriva de que el art. 8.2 CEDH ya lo menciona, lo que ha supuesto que el TC haya señalado que “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin conseguido”.³³⁶ De conformidad con el mismo, el carácter necesario de la medida de injerencia supone que no se pueda prescindir de la misma para la consecución del fin u objeto final de la investigación, es decir, que si hubiera otro

³³³ STS nº 1898/2000, de 12 de diciembre.

³³⁴ STEDH *caso Valainas vs. Lituania*, de 24 de julio de 2001 y STEDH *caso Basani vs. Italia*, de 11 de diciembre de 2003.

³³⁵ STC nº 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

³³⁶ STC nº 154/2002, de 18 de julio, FJ 8º, Ponente Magistrado D. Pablo Manuel Cachón Villar.

modo probatorio menos gravoso que la materialización de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones para los derechos del imputado para el objeto de la investigación, la medida no debería prosperar. Por consiguiente, la medida de intervención telefónica debe considerarse como imprescindible.³³⁷

De ello se desprende que la proporcionalidad de la medida debe ser ponderada en el momento de autorización de la intervención, en base en los datos disponibles en ese momento y no con posterioridad a la vista del resultado obtenido tras la materialización de la injerencia.³³⁸ Dicha ponderación claramente debe suponer que se deriven de ella más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, lo que constituiría el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.³³⁹

A su vez, encontramos el requisito de idoneidad de la medida, muy relacionado con el anterior, pues debe comprobarse que la injerencia en el derecho fundamental haya sido adecuada e idónea para el fin perseguido por la misma;³⁴⁰ es decir, una diligencia de intervención telefónica es idónea porque de ella cabe esperar resultados útiles para aquella finalidad.³⁴¹

Por otra parte, es un requisito la especialidad de la medida; es decir, la intervención telefónica debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones predelictuales ni las encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. Por consiguiente, con carácter genérico podemos señalar que en este aspecto debe delimitarse de forma objetiva la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, al vincular con

³³⁷ STS de 1 de diciembre de 1995, cuando señala que “La necesidad de una medida a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención.”

³³⁸ STC nº 126/2000, de 16 de mayo, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

³³⁹ STC nº 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Pablo Cachón Villar, la cual hace referencia en la cuestión a la doctrina sentada con anterioridad en STC nº 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8º, Ponente Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer.

³⁴⁰ STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 10º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

³⁴¹ STS nº 431/2013, de 15 de mayo.

él las líneas telefónicas que se pretende intervenir,³⁴² por lo que se descarta radicalmente el posible uso de la injerencia para el descubrimiento de delitos de forma generalizada,³⁴³ pues ello además podría suponer hacer uso de una injustificada arbitrariedad por parte de los investigadores, o lo que algunas resoluciones han calificado como “conceder autorizaciones en blanco”,³⁴⁴ lo que sería más propio del sistema de inquisición general, desterrado por el moderno y civilizado derecho penal.³⁴⁵ Mención final merece el hecho de que no se produce vulneración del principio de especialidad cuando como consecuencia de una investigación en curso “se produce una adición, que no novación, del tipo penal investigado, porque aparte de las conversaciones sobre los hechos investigados, se produzcan otras sobre otros distintos”.³⁴⁶

Por último, y claramente vinculado al principio de especialidad comentado, encontramos el requisito de la finalidad de la medida, es decir, que tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas han de limitarse a las que se hallan dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallen justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio.³⁴⁷

En definitiva, el juicio de proporcionalidad aparece como una muy destacable exigencia para la correcta materialización de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y nos parece muy adecuado el criterio seguido por el legislador al incorporarlo expresamente a la reforma, toda vez que es un requisito al que la doctrina jurisprudencial ha otorgado en alguna resolución incluso mayor relevancia que a la motivación que debe acompañar al título habilitante,³⁴⁸ por lo que

³⁴² STC nº 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Javier Delgado Barrio y STS nº 231/2009, 5 de marzo.

³⁴³ STS de 20 de mayo de 1994.

³⁴⁴ STS de 11 de abril de 1999.

³⁴⁵ STS nº 1287/2000, de 18 de julio.

³⁴⁶ STS de 5 de mayo de 1999.

³⁴⁷ STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 8º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

³⁴⁸ La STC nº 123/1997, de 1 de julio, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Enrique Ruiz Vadillo, argumentaba que “lo importante, dada la naturaleza y justificación de la medida, no es tanto la motivación en el sentido antes expuesto, cuyas exigencias no son trasladables a este tipo de resolución, sino la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los

parece que en este aspecto el legislador ha colmado las exigencias jurisprudenciales.

3. El contenido de la resolución judicial.

3.1) Elementos objetivos.

3.1.1) La motivación.

Como se ha indicado, la exigencia constitucional de que el derecho al secreto de las comunicaciones queda garantizado salvo “resolución judicial” implica la ineludible exigencia de que intervenga un juez para llevar a cabo una eventual intervención telefónica en un proceso penal. Ello es coherente con la idea del constitucionalismo contemporáneo de que el Poder Judicial aparece como garante de los derechos de los ciudadanos y como único legitimado para autorizar determinadas injerencias en los mismos.³⁴⁹ Así, dicha legitimidad de la intervención de las comunicaciones exige que el órgano jurisdiccional exteriorice en el auto habilitante de modo suficiente la “indispensabilidad” de la medida para preconstituir la prueba necesaria para la actuación del *ius puniendi* del Estado.³⁵⁰ De ello se desprende que la exigencia de motivación de la resolución judicial que materializa la injerencia aparezca como un requisito imprescindible toda vez que es el cauce para que puedan conocerse las circunstancias y que pueda resultar admisible el sacrificio del derecho fundamental.³⁵¹

valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia.”

³⁴⁹ DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español”, *Artículo Doctrinal en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, web.juridicas.unam.mx., p. 140.

³⁵⁰ STC nº 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

³⁵¹ STC nº 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas y STC nº 70/2010, de 18 de octubre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Ramón Rodríguez-Arribas, entre otras.

En ese sentido, la motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia recogida de forma expresa en la Carta Magna,³⁵² por lo que no se trata de una exigencia meramente formal ni de legalidad ordinaria, sino que se configura como un auténtico requisito de orden constitucional,³⁵³ pues el hecho o conjunto de hechos que justifiquen la medida adoptada deben explicarse con el fin de que sus destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó, por lo que se trata de una exigencia derivada del acto de sacrificio de los derechos.³⁵⁴

No obstante, se ha de matizar que si bien el art. 120.3 CE se refiere a la exigencia de motivación de la sentencias, dicha necesidad de motivación no ha estado exenta de polémica desde la óptica estrictamente constitucional, toda vez que en dicho contexto la norma que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva - art. 24 CE- no efectúa explícita referencia a un “derecho” a la motivación. Ciertamente, encontramos la exigencia u obligación de dicha motivación en las sentencias -art. 122.3 CE-, aunque sorprende que se plasme ésta sola referencia a un único tipo de resolución judicial, lo cual parecería delimitar demasiado el debido ámbito de aplicación de la obligación de motivar las resoluciones judiciales, por lo que parece que concluir que el derecho a que las resoluciones judiciales deban ser motivadas se limite a las sentencias sería efectuar una lectura muy superficial del texto constitucional. Por ello, la jurisprudencia del TC y del TS se han pronunciado en el sentido de que dicha obligación es extensible a los autos, toda vez que desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva la motivación aparece como requisito exigible también para dicha resolución -tal y como hemos analizado al tratar la problemática existente respecto del título habilitante de la medida de injerencia-, señalando que debe existir suficiente explicación que permita al titular del derecho limitado conocimiento y comprensión de las razones por las que dicho sacrificio se consuma.³⁵⁵

Por consiguiente, el TC siempre ha considerado el derecho a obtener una resolución de fondo motivada en Derecho como un elemento característico de la

³⁵² Art. 120.3 CE.

³⁵³ STC nº 259/2005, de 24 de octubre, FJ 2º y 4º, Ponente Magistrado D. Javier Delgado Barrio.

³⁵⁴ STC nº 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

³⁵⁵ STC nº 14/1991, de 28 de enero, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Francisco Rubio Llorente y STS nº 160/1997, de 4 de febrero.

propia “tutela efectiva”: “la motivación... es, a la vez, una obligación constitucional para los jueces y, al mismo tiempo, un derecho fundamental de quienes intervienen en el proceso”.³⁵⁶ De ello que se desprende que, a los efectos de su control constitucional, es necesario que la motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajeno a toda arbitrariedad y permita la natural revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos; es decir, debe reflejarse la razón del discurso silogístico que toda resolución comporta, de forma que se haga comprensible, para el destinatario de la decisión, que la misma es consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad de un magistrado.³⁵⁷

Por consiguiente, la adecuada motivación de la resolución judicial constituye un requisito inexcusable para poder realizar el necesario juicio de proporcionalidad - que hemos analizado con anterioridad- existente entre el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la causa a la que el mismo obedece. La doctrina ha señalado que es el modo para poder comprobar que se ha llevado a cabo la necesaria ponderación en la decisión judicial, que constituye la garantía esencial de la limitación del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones,³⁵⁸ postura con la que estamos de acuerdo, pues sin la debida motivación no puede llevarse a cabo adecuadamente la valoración del requisito de proporcionalidad de la medida de injerencia.

Además, el deber de motivación viene justificado por la necesidad de justificar debidamente el presupuesto legal habilitante de la intervención telefónica, así como por la posterior necesidad de hacer posible su control, todo ello en aras del respeto al derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida. Como es lógico, el interesado no puede controlar la legalidad de la interceptación en el momento de su adopción o durante su ejecución, toda vez que no conoce la existencia de la injerencia. Por ello, el TS ha señalado la necesidad de la motivación en toda resolución judicial, la cual “supone una argumentación que permita comprender que la solución adoptada es consecuencia de una exégesis racional de la norma y no fruto de la arbitrariedad, y que haga posible el conocimiento por el afectado de la

³⁵⁶ STC nº 36/2006, de 13 de febrero, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

³⁵⁷ STS de 18 de mayo de 1995.

³⁵⁸ URÍA MARTÍNEZ, J. F., *Intervenciones telefónicas. Aproximación al estado de la cuestión*, en *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 529.

razón de la limitación de su derecho”.³⁵⁹ Por su parte, el TC ha señalado que “es el contenido de la resolución judicial autorizante lo que permite su impugnación, así como cuestionar, en su caso, la legitimidad de la actividad probatoria, pues únicamente si se conocen las razones de la limitación del derecho fundamental, más tarde podrán ser susceptibles de control, mediante el régimen de recursos legalmente previsto”.³⁶⁰

En nuestro ordenamiento jurídico, los apartados segundo y tercero del art. 579 LECrim. -anterior a la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre- hacían mención expresa del requisito de la motivación de la resolución judicial que acordase la intervención de las comunicaciones. Sin embargo, el problema se planteaba en que la norma no se pronunciaba sobre cuál debía ser el contenido concreto de dicha resolución.

La jurisprudencia consolidó unos criterios referentes a las condiciones generales de legitimidad constitucional de las medidas limitativas, no sólo del derecho al secreto de las comunicaciones, sino de las resoluciones judiciales que afecten a cualquier derecho fundamental, así como de los elementos concretos que deben plasmarse en el auto que materializa la injerencia. Observamos una tendencia del TS consistente en exigir más requisitos en el contenido de la resolución judicial, pues encontramos jurisprudencia que señalaba que la resolución judicial habilitante de la medida debía exteriorizar y concretar los hechos punibles objeto de investigación, a quién se investiga y cuál es la fuente de conocimiento de la posible implicación del sujeto en el hecho punible,³⁶¹ si bien con el transcurso del tiempo el TS indicó de modo más completo los extremos que debía contener la resolución judicial habilitante de la injerencia: los elementos indispensables para realizar el test de proporcionalidad expresados de manera general; los datos objetivos que indican la comisión de un hecho punible; los datos objetivos o indicios de la conexión entre las personas investigadas y el hecho punible; los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se están autorizando escuchas prospectivas; la fuente de conocimiento del presunto delito; el número o números de teléfono cuya intervención se solicita; el plazo de la intervención; a

³⁵⁹ STS nº 1115/2000, de 19 de junio.

³⁶⁰ STC nº 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

³⁶¹ STS nº 265/2007, de 9 de abril.

cargo de quién estará la interceptación; y finalmente, la forma en la que el órgano judicial irá ejerciendo el control de los resultados conforme se vayan produciendo.³⁶²

Ciertamente, con la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, el legislador ha colmado en este aspecto dichos requisitos jurisprudenciales, al establecer los distintos aspectos que deben tener reflejo en la resolución judicial habilitante para que la misma goce de adecuada motivación; es decir, que la resolución judicial que autorice la medida deberá concretar al menos los siguientes extremos:³⁶³ El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida; la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido; la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores³⁶⁴ de autorización judicial, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad; la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la duración de la medida; la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida; la finalidad perseguida con la medida; el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.

Por consiguiente -y a la vista de lo que acabamos de desarrollar-, consideramos positiva la reforma de la norma en lo relativo a los elementos que debe contener la resolución judicial habilitante de la medida de injerencia, pues determina claramente todos los requisitos, para la adecuada motivación, que deben obrar en el auto que materializa la injerencia para no generar algún tipo de indefensión al investigado que pudiera afectar a su derecho de defensa.

3.1.2) Hechos punibles objeto de investigación.

El objeto de la investigación en el proceso penal debe fundamentarse en hechos con apariencia delictiva, punibles, lo que supone que la autorización judicial que materializa la injerencia en un derecho fundamental -en este caso el secreto de las comunicaciones- debe concretar y determinar claramente sobre qué hecho

³⁶² STS nº 855/2013, de 11 de noviembre.

³⁶³ Art. 588 bis c.3, LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

³⁶⁴ Art. 588 bis a., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

delictivo concreto debe permitirse la intervención de las comunicaciones. Por tanto, la jurisprudencia ha señalado que la autorización judicial ha de ser específica y no genérica; esto implica que, al motivar el título habilitante, el juzgador debe analizar las circunstancias concurrentes concretas en el momento de su adopción.³⁶⁵

En ese sentido, la resolución judicial que materializa la injerencia tiene por finalidad la obtención de los elementos probatorios necesarios sobre los que pueda sustentarse una imputación en un proceso penal y su posterior condena,³⁶⁶ y se adopta precisamente para la averiguación del delito y de su autor, ya que, como es lógico, la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas no es posible al momento del pleno descubrimiento del delito, por lo que se materializa para profundizar en una investigación no acabada.³⁶⁷

La reforma legal efectuada por la LO nº 13/2015, de 5 de octubre señala claramente la necesidad de que en la solicitud de autorización judicial contenga, entre otros requisitos, la “descripción del hecho objeto de investigación”, por lo que parece claro que el mismo sea punible para poder ser objeto de investigación.³⁶⁸

3.1.3) Concurrencia de indicios e informaciones anónimas y de carácter confidencial.

Conocida es en el proceso penal la exigencia de los denominados indicios racionales de criminalidad para que una investigación sea ajustada a derecho. Parece importante destacar que el TC se ha manifestado en el sentido de señalar que dicha existencia de indicios delictivos debe tener una consideración de auténtico requisito de orden constitucional y no de mera legalidad ordinaria.³⁶⁹ Por ello -y con mayor motivo- la concurrencia de indicios debe ser clara respecto de la persona o

³⁶⁵ STC nº 184/2003, de 23 de octubre, FJ 9º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

³⁶⁶ STS nº 1287/2000, de 18 de julio.

³⁶⁷ STS nº 75/2003, de 23 de enero.

³⁶⁸ Art. 588 bis b., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

³⁶⁹ La STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, se pronunció en el sentido de que “Esa exigencia, que ahora se proyecta también sobre las intervenciones telefónicas, no es meramente de carácter legal; sino que procede de la Constitución. Entender la Constitución de otro modo supondría dejar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de todos los ciudadanos al arbitrio de los poderes públicos”.

personas a las que puede afectar la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, puesto que nos encontramos en un momento procesal de investigación de un delito en donde por parte de la autoridad se trata de hacer acopio de elementos incriminadores, con el objetivo de que se conviertan en posteriores pruebas de cargo, de los que por el momento se carece.

La cuestión de debate que se plantea es el grado de solidez de dichos indicios para poder ser tenidos en cuenta en el momento de acordar la resolución habilitante de la injerencia. El TC ha señalado que los indicios exigidos son algo más que meras sospechas, pero del mismo modo algo menos que los indicios racionales que ya son necesarios para el formal procesamiento.³⁷⁰ A su vez, el TS ha señalado que el grado de solidez de los datos fácticos justificativos de la medida no es exigible de modo tan intenso como para el auto de procesamiento posterior.³⁷¹

Por consiguiente, en esta fase de decisión de materialización de la injerencia, no es todavía exigible la aportación de un gran material probatorio, pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave,³⁷² puesto que la autoridad judicial tendrá la difícil tarea de ponderar tanto la concurrencia de datos objetivos que puedan considerarse indicios delictivos, la conexión con la persona o personas relacionadas con el mismo, así como el grado de probabilidad derivado de dichos indicios.

Tanto el TS como el TC también han señalado que los indicios deben ser diferenciados de lo que entendemos como una mera posibilidad, es decir, que para ser considerados como tales -y, de ese modo, justificar la injerencia-, deben tener una mínima solidez que permita diferenciarlos de sospechas más o menos vagas, intuiciones policiales, ni deducciones basadas en confidencias,³⁷³ requisito también puesto de manifiesto de forma reiterada por la jurisprudencia,³⁷⁴ la cual ha llegado a

³⁷⁰ STC nº 26/2010, de 27 de abril, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo.

³⁷¹ STS nº 1040/2004, de 23 de septiembre.

³⁷² STS nº 926/2007, de 13 de noviembre.

³⁷³ STS nº 658/2012, de 13 de julio.

³⁷⁴ Así se pronunció la STC nº 165/2005, de 20 de junio, FJ 4º y 5º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, al conocer sobre un recurso de amparo, a la hora de valorar la existencia de indicios delictivos por los que un juez había acordado la injerencia: "En relación con la previa existencia de indicios delictivos, dicha exigencia no puede equipararse a meras sospechas o

hablar incluso de las denominadas “sospechas objetivadas”, es decir, sospechas que se apoyen en datos objetivos, que estén debidamente fundamentadas y que puedan ser susceptibles de posterior control.³⁷⁵ Así, los indicios deberán ser datos objetivos que puedan apoyar tanto la existencia del hecho punible objeto de investigación, como la relación o conexión que tiene dicho hecho con la persona investigada que va a ser afectada por la materialización de la injerencia y puede ser penalmente responsable del mismo.³⁷⁶

A su vez, los indicios exigibles; es decir, las sospechas fundadas en alguna clase de datos objetivos, deben serlo en un doble sentido: por una parte y por su propia naturaleza, en el de ser accesibles a terceros, en el sentido de que pueda ser debidamente contrastada por personas distintas de aquellas que comparten la mencionada sospecha, sin lo que no serían susceptibles de control, que es lo que los distingue de las “meras hipótesis subjetivas”;³⁷⁷ y por otra parte, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer un delito,³⁷⁸ sin que puedan consistir dichos indicios en valoraciones acerca de la persona investigada.

En ese sentido, parece claro que no puede considerarse válida la simple expresión o manifestación realizada por quien solicita la medida, pues la *notitia criminis* debe ir acompañada de un mínimo sustento indiciario o probatorio que permita su constatación por la autoridad judicial; es decir, que cuando se ponen a disposición del Juez todos los elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar -de forma no arbitraria- a la conclusión de la necesidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas del sospechoso, resulta necesario expresar las fuentes objetivas de la investigación así como el resultado de las mismas -por ejemplo, los datos derivados de la vigilancia y del seguimiento, de las informaciones confidenciales contrastadas o de la investigación patrimonial de los

conjeturas, no existiendo en este caso indicios delictivos, ni tan siquiera investigación, tratándose el escrito de la policía, iniciador de la medida, de una mera conjetura basada en unos supuestos antecedentes penales, entre otras circunstancias.”

³⁷⁵ STS nº 705/2005, de 6 de junio.

³⁷⁶ STC nº 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

³⁷⁷ STS nº 926/2007, de 13 de noviembre.

³⁷⁸ STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 10º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

sujetos investigados-³⁷⁹ y, por el contrario, no bastarían afirmaciones de carácter genérico como, por ejemplo, “por investigaciones propias de este servicio se ha tenido conocimiento”.³⁸⁰ En ese sentido, destaca una muy reciente sentencia del TS que ha anulado unas escuchas telefónicas ya que la única prueba de cargo contra el condenado fueron unas intervenciones que fueron autorizadas sobre la base de un oficio policial que carecía de indicios relevantes para sustentar la medida de injerencia, pues si bien el TS recuerda el criterio de que “aquello de lo que la policía debería convencer al instructor, aportando elementos de juicio, no dotados, es obvio, de la categoría de pruebas concluyentes, pero sí de un valorable potencial indiciario”, así como la “admisibilidad de la motivación *per relationem*, es decir, por remisión al oficio policial”, en este caso el TS ha señalado que “el examen de la resolución judicial produce un efecto desolador, puesto que de tal tiene solamente la forma, al tratarse de un modelo de ordenador, esquemático en extremo, en cuyo texto lo único relativo al caso es la referencia a la existencia de una estrecha relación entre dos personas, unida a la tan tópica como inexpresiva alusión a su alto nivel de vida, sin constancia de ingresos conocida, a la existencia de alguna empresa a nombre de terceros cuya actividad mercantil -se dice, sin mayor detalle- no se correspondería con la registrada, y a la adopción de medidas de seguridad. Todas, verdaderas cláusulas de estilo reiteradas por sistema en la redacción de oficios como el que se examina”.³⁸¹

En cuanto a las informaciones anónimas como origen para que puedan servir de base para una intervención telefónica, la cuestión de debate que se plantea es muy similar a la de los indicios, es decir, el grado de solidez de dicha información anónima y si la misma se ha contrastado adecuadamente para ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial. El TS ha señalado un claro requisito: no es absolutamente imprescindible que conste la identidad de la fuente, pero sí que la información facilitada se haya corroborado por indagaciones posteriores; es decir, que deben ponerse en manos de la autoridad judicial datos objetivos de la existencia de hechos delictivos así como la persona implicada en los mismos, que le permitan discriminar entre un rumor o una vaga sospecha o una información confidencial

³⁷⁹ STS nº 719/2005, de 6 de junio.

³⁸⁰ STC nº 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

³⁸¹ STS nº 101/2017, de 20 de febrero.

inconcreta, que serían insuficientes para materializar una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.³⁸²

En idéntico criterio de exigibilidad para su adecuada validez encontramos las informaciones confidenciales, pues el TS ha señalado que debe acreditarse que estén avaladas por datos corroboradores de la confidencia, o en ocasiones son ellas mismas las que funcionan como elemento confirmador de otros datos, sin necesidad de desvelar la identidad del informador, para poder conformar la base mínima indiciaria para una intervención de las comunicaciones.³⁸³ Por tanto, el TS exige que junto a la confidencia se investiguen los hechos -si se les puede conferir credibilidad-, cuya constatación deberá estar debidamente reseñada en el oficio policial,³⁸⁴ tal y como ha señalado recientemente al señalar que “en aquellos supuestos en los que los indicios de la eventual comisión del hecho delictivo y de su conexión con determinadas personas, no son extraídos de manera directa por los órganos policiales, sino que son facilitados por un denunciante, cuya motivación no puede ser evaluada inicialmente, se impone el despliegue de una actividad que corrobore la verosimilitud de la imputación, antes de adoptar cualquier decisión injerente”.³⁸⁵

Igualmente, parece relevante recordar que la decisión del juez valorando la existencia de dichos indicios debe tomarse en el momento en el que se va a adoptar la decisión de materializar la injerencia, por lo que la fundamentación del título habilitante debe producirse mediante un juicio *ex ante*, sobre la base de los datos objetivos y más allá de meras sospechas -de los datos objetivos o de las sospechas de que se disponga en ese momento-, y no posteriormente -*ex post*- a la vista de los resultados que se hayan podido obtener en la investigación.³⁸⁶

Por consiguiente, lo destacable aquí es que, para la adopción de la medida de injerencia -en lo que se refiere a los indicios- no se trata de la aportación de un acabado cuadro probatorio; pero deben darse unos indicios objetivos que justifiquen la intervención, más allá de percepciones subjetivas, contemplando la individualidad

³⁸² STS nº 482/2016, de 3 de junio, en la línea de lo recogido en la STS nº 339/2013, de 20 de marzo.

³⁸³ STS nº 482/2016, de 3 de junio, en la línea de lo recogido en la STS nº 834/2009, de 29 de julio.

³⁸⁴ STS nº 25/2008, de 29 de enero.

³⁸⁵ STS nº 684/2016, de 26 de julio.

³⁸⁶ STC nº 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas.

de cada supuesto en particular debidamente motivados en la resolución judicial habilitante.

Dicho esto, consideramos que es oportuna una crítica a la doctrina jurisprudencial analizada, ya que no se pronuncia adecuadamente respecto a cuáles son los límites de dicha concurrencia de indicios. En ese sentido, hay dos aspectos que muestran la eficacia de la exigencia de indicios en la jurisprudencia: por una parte, una denuncia de carácter anónimo puede servir como elemento para dar inicio a una investigación de orden criminal, pero parece lógico sostener que por sí sola no tienen valor probatorio de cargo, ni siquiera indiciario, a efectos de fundamentar la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial existente en la materia.³⁸⁷ Idéntica conclusión debemos señalar respecto a las posibles informaciones que den confidentes policiales, puesto que un acto que supone la limitación de un derecho fundamental, como es el derecho al secreto de las comunicaciones, no puede ser la primera e inmediata medida de la investigación penal, pues el juicio de necesidad, esto es, el carácter imprescindible de la medida como parte esencial del juicio de proporcionalidad, requiere ponderar debidamente la eventual existencia de otros medios alternativos de investigación.³⁸⁸ Por tanto, será a partir de los indicios o datos objetivos que se pudieran obtener tras la comprobación de los hechos denunciados por la fuente anónima, mediante la correspondiente investigación, cuando se podría motivar y argumentar la materialización de la injerencia; es decir, las informaciones anónimas no pueden ser la única base que legitime una medida restrictiva de derechos fundamentales, aunque pueden servir como desencadenante de la investigación y ser, a su vez, un dato complementario de una base indiciaria plural que justifique la intervención de las comunicaciones;³⁸⁹ por otra parte, el material informativo que posea la autoridad policial y que tenga su origen en una confidencia no puede ser suficiente *per se* para justificar la limitación de un derecho fundamental, sino que también ha de ser sólo una fuente lícita de conocimiento que permita el inicio de una investigación de carácter criminal. Así, la noticia confidencial

³⁸⁷ STS nº 1149/1997, de 26 de septiembre, de especial relevancia, pues a partir de la misma se viene acuñando la doctrina jurisprudencial sobre las informaciones anónimas y las intervenciones telefónicas.

³⁸⁸ STC nº 184/2003, de 23 de octubre, FJ 11º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

³⁸⁹ Circular nº 1/2013, de 11 de enero, Fiscalía General de Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, p. 135.

puede servir -en todo caso- para dar inicio a las pertinentes averiguaciones que, en base a los posteriores indicios delictivos obtenidos como consecuencia de la investigación en curso, sirvan con posterioridad a la correcta fundamentación de una intervención telefónica.³⁹⁰ Este criterio se ajusta a la línea establecida por el TEDH, que considera ajustado a derecho este medio de inicio de una investigación,³⁹¹ mientras no tenga luego acceso al procedimiento como prueba de cargo propiamente dicha. En todo caso, una excepción a este criterio general expuesto la encontramos en determinadas situaciones de estado de necesidad, que estén claramente acreditadas como, por ejemplo, cuando existe la certeza de un inminente y claro riesgo para la vida de una persona que se encuentra desaparecida, con sólidos indicios de que ha sido secuestrada.³⁹²

3.2) Algunos casos problemáticos respecto a la motivación.

3.2.1) La identificación del teléfono o terminal a intervenir y de su titular.

Un requisito objetivo es que la materialización de la injerencia se produzca sobre un determinado teléfono o terminal; por tanto, no encontramos cuestión de debate en que la intervención telefónica -como medida de carácter restrictivo del derecho al secreto de las comunicaciones-, deba quedar limitada a aquellos terminales respecto de los cuales exista constancia o sospecha fundada de que están siendo -o van a ser- utilizados para la comisión de hechos delictivos, tal y como ha puesto de manifiesto al doctrina.³⁹³ La razón de este criterio es también clara: de lo contrario aumentaría el riesgo de que se produjeran intervenciones arbitrarias y que no guarden relación con el procedimiento penal. De ese modo, la identificación del terminal o terminales objeto de intervención se constituye en la

³⁹⁰ STS nº 263/2003, de 19 de febrero.

³⁹¹ STEDH, *caso Kostovski vs. Holanda*, de fecha 20 de noviembre de 1989. Por su interés, ver DEL CARPIO DELGADO, J., "Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc", Artículo Doctrinal, *Revista Penal nº 19*, www.uhu.es/revistapenal/.com, 2007

³⁹² La intervención de la línea telefónica del titular, cuando existían sólidos indicios de su desaparición forzada, con claro riesgo para su vida, fue declarada legal por la STS nº 513/2010, de 2 de junio y confirmada posteriormente por la STC nº 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré.

³⁹³ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., "Identificación del terminal y sujeto pasivo en la intervención judicial de las comunicaciones", *Diario La Ley nº 6585*, Madrid, 2006, p. 3.

jurisprudencia del TS como un componente esencial de cualquier título habilitante que materialice la injerencia, de modo que su omisión pueda incluso dar lugar a que se apreciase en el auto habilitante un vicio de raigambre constitucional.³⁹⁴

Del mismo modo, es pacífica la jurisprudencia del TC que recoge la exigencia de que sean debidamente identificados con precisión el número, o números, de teléfono objeto de la injerencia como elemento integrante del contenido mínimo de la resolución judicial habilitante, así como que existan datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del hecho delictivo o de quienes con ellas se relacionaban, todo ello a los efectos del control de constitucionalidad de la medida.³⁹⁵

Dicho esto, en la práctica procesal penal cotidiana de juzgados y tribunales es habitual encontrarnos con la situación de que la autoridad policial haya omitido en su atestado el modo en virtud del cual ha obtenido el número de teléfono, lo cual ha llevado a que con habitualidad por parte de los letrados defensores se formulen alegaciones tanto de dicha circunstancia como del hecho de que el modo de obtención de los terminales ha sido ilegítimo. Pues bien, la jurisprudencia del TS parece contundente a la hora de pronunciarse sobre este extremo y ha señalado: por una parte, que la alegación de que la autoridad policial no haya señalado el modo de obtención del número de teléfono carece de trascendencia;³⁹⁶ y, por otra, también ha rechazado de plano la alegación de la posible ilegitimidad en el modo o procedimiento para la identificación del terminal. En ese sentido, existe una abundante doctrina jurisprudencial del TS que sostiene que no es exigible que la Policía acredite no haber infringido derechos fundamentales, salvo que se ofrezcan indicios razonables de ilegitimidad en la obtención de la información; es decir, que no es admisible extender una presunción de ilegitimidad a toda actividad policial,³⁹⁷ sin que, por tanto, sea preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de

³⁹⁴ STS nº 201/2006, de 5 de marzo, la cual advierte que su omisión podría extender su fuerza anulatoria a todas las pruebas directas y derivadas relacionadas con la información obtenida del contenido de las comunicaciones interceptadas.

³⁹⁵ STC nº 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas; STC nº 136/2006, de 8 de mayo, FJ 4º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera y STC nº 26/2010, de 27 de abril, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo.

³⁹⁶ STS nº 940/2011, de 27 de septiembre.

³⁹⁷ STS nº 309/2010, de 31 de marzo y STS nº 85/2011 de 7 de febrero.

obtención de la información. Corolario de lo anterior es que la única exigencia exigible a los poderes públicos es que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas; *a sensu contrario*, no lo es que demuestren que no lo han hecho.³⁹⁸

Por consiguiente, podemos afirmar que -en la perspectiva de su constitucionalidad-, la validez de las intervenciones telefónicas no depende del reflejo documental en el que consten los términos en los que fueron obtenidos los números de teléfonos sujetos a observación;³⁹⁹ incluso el TC ha llegado a señalar al respecto que, en todo caso, la posible vulneración del derecho a la intimidad al obtener la titularidad y el número del teléfono móvil sería una injerencia en la intimidad de carácter leve la cual, con arreglo a nuestro canon constitucional, podría considerarse proporcionada al constituir un medio idóneo para un fin legítimo.⁴⁰⁰

Otra cuestión que no es objeto de posible controversia y que debemos considerar indiferente -a los efectos que nos interesan-, es si el terminal es de uso privado o es público, pues el TS ha reconocido la absoluta admisibilidad a que se intervenga un teléfono de uso público siempre que se adopten las correspondientes medidas que, claramente, garanticen evitar la intromisión en las conversaciones telefónicas efectuadas por personas ajenas al hecho delictivo ni a la investigación.⁴⁰¹

Mayor complejidad y posible debate tiene el grado de concreción del título habilitante para la adecuada identificación del titular del terminal o teléfono sobre el cual debe materializarse la injerencia. Como se ha visto hasta ahora, la materialización de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones se configura como un medio de investigación tendente a la averiguación del presunto delito y, como es lógico, para identificar a los autores del mismo, por lo que no es una medida posterior al pleno descubrimiento del delito. Por consiguiente, al encontrarnos en un momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la interceptación, parece lógico que no sea posible una justificación muy exhaustiva de la medida, pues la misma se adopta para profundizar en una investigación de la cual únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos

³⁹⁸ STS nº 509/2009, de 13 de mayo y STS nº 207/2012, de 12 de marzo.

³⁹⁹ STS nº 751/2012, de 28 de septiembre.

⁴⁰⁰ STC nº 25/2011, de 14 de marzo, FJ 2º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera.

⁴⁰¹ STS nº 467/1998, de 3 de abril.

indiciarios; es decir, que tal y como ha recogido la jurisprudencia del TS, la exigencia de una mayor exhaustividad resultaría poco adecuada al estado de la investigación.⁴⁰²

Corolario de lo anterior es el hecho de el TS ha señalado que la previa identificación del titular de un número que luego resulta intervenido no puede constituir un requisito indispensable para la legitimidad de la materialización de la injerencia,⁴⁰³ al encontrarnos precisamente en un momento en el que se pretende determinar quién o quiénes son la persona o personas que cometen el hecho delictivo que se está investigando. Por tanto, y a la vista de que -en ocasiones-, sólo se conocen unos rasgos físicos o un sobrenombre de la persona investigada hasta que finalmente se pueda concretar debidamente la identidad del sospechoso, la persona objeto de investigación no tiene que ser necesariamente titular del terminal objeto de la injerencia. Además, la cuestión no es sencilla, pues a la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía -por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos- esa exigencia de identificación previa de titular del terminal de telefonía resultaría desproporcionada por innecesaria para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadora para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas.⁴⁰⁴ En ese sentido recordemos que, hasta la nueva Ley sobre Conservación de Datos nº 25/2007, de 18 de octubre, el titular de un teléfono móvil con tarjeta prepago no aparecía nunca identificado.⁴⁰⁵

⁴⁰² STS nº 1748/2002, de 25 de octubre.

⁴⁰³ En ese sentido, la STS nº 309/2010, de 31 de marzo, señala que “no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir”, siendo lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad “la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas”.

⁴⁰⁴ STC nº 150/2006, de 22 de mayo, FJ 2º y 3º, Ponente Magistrado D. Pablo Pérez Tremps, en la línea de lo recogido anteriormente por STC nº 104/2006, de 3 de abril, FJ 2º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde, si bien en ésta el TC señalaba que para que sea legítima esta forma excepcional de determinación subjetiva del titular del terminal resulta necesario que, con carácter previo, se hayan intentado todas las posibles actuaciones encaminadas a conseguir una mayor identificación.

⁴⁰⁵ La Ley nº 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, que traspone la Directiva 2006/24/CE, en

En definitiva, se aplica en nuestra jurisprudencia un criterio bastante flexible respecto a la necesidad de concretar inicialmente la identificación de las personas investigadas como usuarias del terminal intervenido, a la vista de la dificultad que ello supone en los momentos iniciales de la investigación. Así, puede incluso darse el caso de personas no sospechosas ni implicadas pero a las que se les ha intervenido la línea telefónica, situación que el TS ha admitido expresamente, si bien recuerda que en estos supuestos deberá extremarse la motivación, toda vez que se afecta al mismo tiempo el “derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de personas que, en principio, no están directamente implicadas en las investigaciones en marcha”.⁴⁰⁶

Por consiguiente, es preciso valorar esencialmente que se hayan aportado los elementos objetivos indiciarios en que se apoya la investigación, que permitan establecer una conexión entre las personas a las que afectará la medida y el delito investigado para evitar situaciones que puedan generar indefensión o que afecten directamente al derecho de defensa.

3.2.2) Los hallazgos causales.

Otra cuestión particular es la de los hallazgos casuales y su relación con la motivación. Con cierta frecuencia se da el caso de que, como consecuencia de las investigaciones que se están llevando a cabo tras la intervención de las comunicaciones telefónicas de un sospechoso, se tiene conocimiento de que más personas están implicadas en esos hechos o que, incluso, aparecen otros hechos presuntamente delictivos que no eran objeto de la investigación inicial.

Estos “hallazgos casuales” -así denominados- no se encuentran comprendidos en la autorización judicial inicial que ha materializado la injerencia, pues consisten en nuevos hechos que no han sido todavía objeto de investigación. Por tanto, se trata de una problemática que afecta a la investigación del delito -los aspectos relacionados con su ámbito probatorio serán objeto de estudio posteriormente- y, por ello, a la justificación que corresponde al juez instructor. En

su Disposición Adicional Única, impone la obligación de llevanza de un libro registro de los adquirentes de tarjetas prepago de telefonía móvil. Aunque la obligación de inscripción se exige desde la entrada en vigor de la Ley, se estableció un régimen transitorio para las tarjetas adquiridas con anterioridad. Así, los operadores de telefonía móvil que comercialicen estos servicios disponían de un plazo de dos años para cumplir con las obligaciones de inscripción.

⁴⁰⁶ STS nº 960/1999, de 15 de junio.

ese sentido, como parece lógico, no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello plantee la cuestión de si se precisa una nueva autorización judicial específica -distinta de la anterior- de la que aquélla sea mero punto de arranque. Por ello, la jurisprudencia del TS ha entendido que los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial.⁴⁰⁷

Los hallazgos causales pueden dar lugar a dos situaciones que deben diferenciarse: Por un parte, podemos encontrarnos ante hechos que guarden relación o conexidad con la causa que se está investigando. En ese caso, el juzgado que conoce de la investigación deberá dictar una autorización judicial ampliatoria, diferente de la precedente. Así, hemos de efectuar una diferenciación entre el hallazgo casual de la aparición de hechos diversos pero propios de una misma actuación criminal, donde -tal y como señala la jurisprudencia del TS-, no se infringe el principio de especialidad ya que no se produce una novación del tipo penal, sino una adición o suma del mismo.⁴⁰⁸

Por otra parte, se puede dar el caso de que lo que casualmente se halle sea claramente diferente del hecho originariamente objeto de investigación, en cuyo caso ese descubrimiento deberá ponerse en conocimiento del órgano judicial correspondiente que sea competente para su instrucción; es decir, que si los hechos descubiertos no guardasen conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, el TS ha señalado que se estimarán como mera *notitia criminis* y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso, para que se pueda investigar debidamente y de forma independiente el nuevo hecho delictivo.⁴⁰⁹

Por ello, tal y como ha puesto de manifiesto el TS, “la aparición de cualquier indicio de la comisión de un delito distinto del investigado impone una inmediata dación de cuenta al Juez para que éste, sin solución de continuidad, dicte una nueva resolución. En ese sentido, debe tenerse presente que el objeto del proceso es de “cristalización progresiva”, no respondiendo a una imagen estática, en la que toda

⁴⁰⁷ STS nº 740/2012, de 10 de octubre.

⁴⁰⁸ STS nº 792/1997, de 30 de mayo.

⁴⁰⁹ STS nº 940/2011, de 27 de septiembre.

irrupción de un tercero, que se limita a conversar con quien tiene sus comunicaciones intervenidas, deba conllevar una resolución jurisdiccional que renueve la delimitación objetiva y subjetiva originariamente definida. Así, esa delimitación es obligada, pero no a raíz de la primera de las conversaciones, sino cuando la suma de todas ellas y otros datos indiciarios permitan al juez instructor, a la vista de la información ofrecida por los interlocutores, detectar los elementos que justificarían una renovada motivación y una investigación desgajada de la causa matriz. Por consiguiente, desde que se dibujan los primeros trazos incriminatorios, hasta que los indicios adquieren el significado preciso para justificar un nuevo auto de injerencia, es lógico que pase el tiempo indispensable para que los agentes de policía que llevan a cabo el seguimiento puedan detectar la información, analizarla, interrelacionarla y, por último, dar cuenta a la autoridad judicial. En definitiva, lo decisivo es que el Juez instructor, desde el primer momento, tenga conocimiento del desarrollo de las investigaciones, que conozca el resultado que van arrojando las conversaciones intervenidas, para que pueda dictar una resolución que justifique el sacrificio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones para la investigación del nuevo delito y la determinación de sus hipotéticos responsables, haciéndolo sin demoras injustificadas, actuando desde que cuente con los indicios imprescindibles para razonar la conveniencia de un sacrificio añadido en los derechos fundamentales de los interlocutores.”⁴¹⁰

En conclusión, la jurisprudencia del TS considera que la materialización de la injerencia debe entenderse concedida únicamente para los hechos punibles que eran objeto de investigación previa; es decir, que aparecen en la misma los denominados hallazgos casuales, sea por nuevas personas relacionadas con la investigación o nuevos hechos punibles, será de obligado cumplimiento que un juez autorice la nueva investigación, ya que sin la misma no podría extender el tribunal su conocimiento a dichos elementos conexos.

En ese sentido, la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, ha señalado que tanto el uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto así como los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el art. 579 bis LECRim -recordemos que el derogado art. 579 no hacía referencia a los mismos-, del que se desprende que tanto dichas informaciones obtenidas en otro procedimiento como los hallazgos casuales servirán tanto de medio de investigación como de prueba en otro proceso penal; para ello, deberá deducirse testimonio de los

⁴¹⁰ STS nº 636/2012, de 13 de julio.

particulares necesarios que permitan acreditar la legitimidad de la medida de injerencia y -asimismo- deberán anexarse con carácter indispensable una serie de diligencias procesales: la solicitud inicial de adopción de la medida de injerencia, la resolución judicial que la acuerda, así como las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga existentes.⁴¹¹ Consecuencia de lo anterior es que se requiere una autorización del juez competente, el cual deberá comprobar la diligencia de la actuación -evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual así como la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento-; del mismo modo, deberá informar si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que dicha declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce, lo cual nos parece positivo pues la norma permite la existencia de un mayor control judicial ante la presencia de hallazgos casuales en la investigación, lo que supone mayores garantías para el derecho de defensa de las personas sospechosas de la presunta autoría de los nuevos hallazgos de carácter delictivo.

3.3) Ausencia de motivación y remisión a la solicitud policial.

Como se ha señalado, el título habilitante que materializa la injerencia debe contener expresamente los indicios por los que el juez considera necesario y oportuno autorizar la medida. En cambio, la práctica cotidiana de juzgados y tribunales, permite advertir, con cierta habitualidad, una *praxis* de remisión al oficio o informe policial que solicita la práctica de intervenciones telefónicas. Por tanto, la cuestión de debate que se plantea es si dicha remisión genérica es suficiente para acordar la medida, o si bien se exige una mayor motivación para poder autorizar la misma. En ese sentido, en nuestro país hemos asistido a una evolución jurisprudencial inicial por parte del TS, que consistía en la negativa al uso de fórmulas no individualizadas,⁴¹² a la aceptación por parte del TC de una fórmula genérica de aceptación incluso de modelos normalizados, siempre que además se hayan incorporado los elementos objetivos necesarios para que a la hora de ponderar debidamente si se ha respetado la exigencia de la proporcionalidad de la medida, el resultado sea positivo; se señala de ese modo que, si bien es importante que toda resolución judicial limitadora de un derecho fundamental esté debidamente

⁴¹¹ Art. 588 bis i, LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

⁴¹² STS de 12 de enero de 1995. En la misma línea se posiciona la STS nº 227/1999, de 20 de febrero, admitiendo el uso incluso de impresos o formularios para acordar la medida, si bien recomendaba que se añadiesen razonamientos *ad hoc*, todo ello con el objeto de individualizar respectivamente cada una de las resoluciones adoptadas.

motivada, lo verdaderamente importante en relación al contenido mínimo de la motivación sería la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso.⁴¹³

Por consiguiente, la jurisprudencia -y en este aspecto muy especialmente la del TC- no considera admisible la automática autorización de la medida tras la recepción de la solicitud policial sin más, salvo cuando los informes de dicha autoridad policial den cuenta detallada de los indicios que pesan sobre el sujeto intervenido y que evidencian su implicación en los hechos investigados.⁴¹⁴ Así, aunque la resolución judicial que acuerda la intervención sea escueta, si la misma se apoya en un informe policial suficientemente detallado, se puede entender reproducido el contenido indiciario del mismo sobre la eventual participación de la persona investigada hechos constitutivos de un delito grave,⁴¹⁵ e incluso el TS ha admitido que cuando exista una solicitud policial insatisfactoria en lo referente a la aportación de indicios, dicho defecto podrá subsanarse mediante una comparecencia ante el tribunal para la ampliación de los mismos, sin que ello suponga directamente la denegación de la diligencia solicitada.⁴¹⁶

En definitiva, nuestra jurisprudencia viene admitiendo la validez tanto de la motivación por referencia a los oficios policiales como de la utilización de impresos o modelos de resolución debidamente integrados con los datos de cada caso, si bien la exigencia básica es que se expliciten todos los aspectos específicos del procedimiento concreto y se aporten los elementos objetivos indiciarios que sirvan de soporte a la investigación y que permitan establecer una conexión entre el sujeto

⁴¹³ STC nº 123/1997, de 1 de julio, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Enrique Ruiz Vadillo, en una línea jurisprudencial que se ha mantenido posteriormente. A modo de ejemplo, ver STC nº 138/2001, de 18 de junio, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Julio Diego González Campos.

⁴¹⁴ STC nº 205/2005, de 18 de julio, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera, con el Voto Particular concurrente del Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas.

⁴¹⁵ STC nº 165/2005, de 20 de junio, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas. Nótese que la doctrina ha pretendido ir un poco más lejos; Jiménez Campo ha defendido la posibilidad de que el legislador contemple, con absoluto carácter de excepcionalidad, las resoluciones urgentes practicadas verbalmente, en virtud de las cuales el Juez autoriza a la Policía Judicial para practicar, en circunstancias que no permitan más demora, la intervención de las comunicaciones, sin perjuicio de que se revise tal acto en la forma debida. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 66 y 67.

⁴¹⁶ STS nº 926/2007, de 13 de noviembre.

o sujetos que van a verse afectados por la medida, en cuanto usuarios de la línea telefónica a intervenir y el delito investigado.⁴¹⁷

4. La ejecución de la medida.

4.1) La exigencia de control judicial.

Al ejecutarse la materialización de la injerencia, la persona sospechosa de cometer el hecho delictivo desconoce por completo que es objeto de una investigación en un proceso penal. Por ello, y ya que no puede impugnar la medida en modo alguno, se antoja importantísimo que exista un riguroso y exquisito control judicial sobre la misma. Así, el TC ha señalado que el control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las mismas,⁴¹⁸ puesto que la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se satisface con la mera concurrencia formal de una autorización procedente del órgano jurisdiccional en el momento de acordar la injerencia sino que, para que se garantice debidamente la legitimidad y la corrección legal de la intervención telefónica, “resulta necesario que el control judicial sea efectivo y se ejerza tanto en el momento en el que se ordena la medida, como durante su desarrollo y cese definitivo”.⁴¹⁹

Precisamente por esa razón, la jurisprudencia del TC entiende que el juez que ha acordado la materialización de la injerencia debe supervisar y controlar la evolución y los resultados de la medida para poder garantizar su legalidad así como su proporcionalidad en todo momento, pues el control judicial de la intervención telefónica no es un requisito de mera legalidad ordinaria, sino de auténtica validez constitucional,⁴²⁰ por lo que caso de no existir si un Tribunal sentenciador fundamentase su resolución condenatoria en pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales -sea por la autoridad policial o judicial-, la presunción de

⁴¹⁷ STS nº 807/2001, de 11 de mayo.

⁴¹⁸ STC nº 9/2011, de 28 de febrero, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Javier Delgado Barrio.

⁴¹⁹ STS nº 473/2004, de 13 de abril, entre otras, en un criterio que ya señaló el TEDH en la Sentencia del caso *Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984.

⁴²⁰ STC nº 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

inocencia no quedaría destruida con semejante material probatorio. En efecto, el control judicial efectivo, tanto en el desarrollo como en el cese de la medida, se estima indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales; por ese motivo, queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación.⁴²¹ Por ello, también la doctrina ha resaltado ese papel preponderante del Juez en el ejercicio del control absoluto sobre la medida, por ser una actividad materialmente jurisdiccional, correspondiéndole acordarla y practicarla debidamente.⁴²²

Así, la actuación del juez no puede limitarse a acordar la diligencia, delegando en la autoridad policial las posteriores decisiones -pues dicha actuación desembocaría en una situación de desprotección total del sujeto sometido a las escuchas telefónicas-, sino que abarca tres extremos esenciales: por una parte, el seguimiento de que, en efecto se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, de modo que el juez disponga de información periódica y puntual del desarrollo y resultados de la tarea encomendada en la resolución habilitante; por otra parte, la evitación de extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada, tanto por exceso como por prolongación innecesaria en la interceptación o por intromisión injustificada en derechos de terceros ajenos a la investigación; finalmente, la evitación de cualquier clase de indefensión para la persona sometida a la intervención, de modo que el juez es el encargado -durante ese período- de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de ejercer efectivamente su derecho de defensa.⁴²³

Por consiguiente, “la resolución judicial habilitante -o su prórroga- debe establecer los plazos de duración de la medida así como el momento y la forma en que debe ser informado de la evolución de la investigación, para poder disponer así de los elementos de juicio suficientes para valorar el mantenimiento o cese de la misma y, de ese modo, considerar cumplido el requisito de control judicial,

⁴²¹ STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 11º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

⁴²² MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, p.115.

⁴²³ Circular nº 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General de Estado, p. 85.

pudiéndose obtener el conocimiento a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo.”⁴²⁴

Por tanto, para el debido control judicial pasan a tener una importancia trascendental las transcripciones y el contenido de las cintas; pero la jurisprudencia del TC no exige que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales, ni que el juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones. Los tribunales estiman suficiente que el juez tenga conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales,⁴²⁵ es decir, que como también ha señalado el TS, sería bastante con que conozca las vicisitudes de las intervenciones en sus datos esenciales y no en todos y cada uno de sus pormenores.⁴²⁶

Asimismo, debe hacerse mención de que el TC ha hecho hincapié sobre problemas o irregularidades relativas a la incorporación al proceso de los soportes en los que se plasma el resultado de las intervenciones telefónicas; en ese sentido, se ha indicado que no afecta a la exigencia de control judicial ni, por tanto, al derecho al secreto de las comunicaciones sino, en su caso, al derecho al proceso con todas las garantías contemplado en el art. 24.2 CE.⁴²⁷ En efecto, los aspectos relacionados con la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales así como a la transcripción de su contenido, no forman parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios con posterioridad. Ahora bien, es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia de que goza el imputado en un proceso penal.⁴²⁸

⁴²⁴ STC nº 205/2005, de 18 de julio, FJ 5º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera y nº 26/2010, de 27 de abril, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo.

⁴²⁵ STC nº 26/2010, de 27 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo y STS nº 940/2011, de 27 de septiembre.

⁴²⁶ STS nº 658/2012, de 13 de julio.

⁴²⁷ STC nº 9/2011, de 28 de febrero, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Javier Delgado Barrio.

⁴²⁸ STC nº 202/2001, de 15 de octubre, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, ha abordado la regulación del control judicial de la medida: por una parte, la autoridad judicial debe tener conocimiento del desarrollo y los resultados de la ejecución de la medida en los términos y tiempos fijados en la resolución habilitante, por lo que el control judicial llega incluso al momento de finalización de la medida;⁴²⁹ por otra parte, se recoge de forma más detallada el contenido de las atribuciones competenciales de la unidad policial actuante -en aras al correcto y efectivo control judicial de la medida-, puesto que la misma deberá poner a disposición del juez -con la periodicidad que el mismo determine y en soportes digitales distintos-, la transcripción de los pasajes que considere de interés así como las grabaciones íntegras realizadas, que debe indicar el origen y destino de cada una de ellas, y deberá asegurar la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones se hubieren grabado, ello mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable.⁴³⁰

Por consiguiente, podemos observar que el legislador ha recogido en la norma la jurisprudencia más reciente en la materia, y la doctrina ha señalado que la norma distingue con nitidez lo que son las transcripciones de los pasajes de interés de las grabaciones íntegras realizadas, para lo que siguen unas y otras reglas diversas, con el razonamiento de que es solamente a las grabaciones originales a las que ha de someterse a una rígida garantía de autenticidad, complitud e inalterabilidad, como eventuales futuras fuentes o medios de prueba; en todo caso, la crítica existe en que la solución a los que se define como “transcripción de los pasajes que considere -la Policía Judicial- de interés” no parece acertada: de la lectura del precepto -art. 588 ter. f.- y su comparativa con los arts. 588 bis f.1 y 588 ter h., párrafo primero, se plantea la problemática sobre si el legislador exige realmente una transcripción escrita -en su acepción clásica- de los pasajes de mayor interés para la causa; o si, como nos sugiere el propio art. 588 ter f., pudiera ser que lo que pretende es que se facilite al juez instructor una copia, en soporte digital distinto al que contenga los originales, de dichas conversaciones de especial interés; dudas que se extienden incluso al art. 588 ter i.1, donde vuelven a diferenciarse copias de las grabaciones originales y de las transcripciones realizadas.⁴³¹ Así, el

⁴²⁹ Art. 588 bis g., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

⁴³⁰ Art. 588 ter f., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

⁴³¹ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 163.

legislador mantiene la transcripción escrita como una mera posibilidad para garantizar el control judicial de la medida, tan válida como la edición de un CD o DVD en el cual se copiasen las conversaciones de especial interés para la causa, lo cual consideramos que debiera haber sido resuelto de modo más claro en la norma para evitar disparidad de criterios judiciales en el adecuado control de la medida. En cualquier caso, en líneas generales nos parece positiva la regulación normativa efectuada por el legislador, toda vez que facilita enormemente la eficacia del control judicial de la medida, lo que supone un proceso con mayores garantías legales para la persona sobre la cual se ha materializado la injerencia y permite ejercer de modo más eficaz su derecho de defensa.

4.2) El elemento temporal.

4.2.1) El plazo de duración.

La materialización de la injerencia no puede producirse de forma ilimitada, sino que es a todas luces razonable que se fije un límite a la duración de la ejecución de la medida,⁴³² y en esta cuestión ha incidido especialmente el TC. Así, aparece como una exigencia propia del principio de proporcionalidad que se fije un límite temporal a la ejecución de la misma, un plazo de intervención que debe hacerse constar en la resolución judicial habilitante.⁴³³ El TC quiere subrayar que las autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales no pueden establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan "una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona",⁴³⁴ por lo que el plazo debe ser lo más ajustado posible en el tiempo para no considerarse desproporcionado. A

⁴³² La exigencia de previsión sobre la fijación de un límite temporal de la materialización de la medida se observa con claridad en las resoluciones del TEDH del *caso Valenzuela Contreras vs. España*, de 30 de julio de 1998 y del caso *Prado Bugallo vs. España*, de 18 de febrero de 2003, ya examinadas.

⁴³³ STC nº 219/2009, de 21 de diciembre, FJ 5º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

⁴³⁴ STC nº 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra; STC nº 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Rafael de Mendizábal y Allende, donde el TC señaló que las autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales no pueden establecer unos límites temporales tan amplios supongan "una suerte de suspensión individualizada del derecho fundamental", si bien en este caso se refería a la inviolabilidad del domicilio.

su vez, el TC ha señalado que el plazo de duración de la medida de injerencia es uno de los extremos que debe contener el título habilitante.⁴³⁵

El tiempo de duración de las intervenciones telefónicas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 579.3 de la LECrim. -anterior a la reforma efectuada por la LO nº 13/2015, de 5 de octubre-, no podía ser superior a un plazo de tres meses, salvo solicitud de prórroga. Ahora bien, no sería de recibo por parte del juzgador señalar sin más un plazo de duración dentro de los límites permitidos por la LECrim., sino que es importante y necesario que dicho plazo no sea abusivo ni desproporcionado; es decir, que si bien la normativa permitía habilitar la materialización de la injerencia durante un período máximo de tres meses, posibilitando la concesión de prórrogas por idénticos períodos de tiempo, ello no significaba que el juez pudiera mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal.⁴³⁶

Por consiguiente, de la obligatoriedad de que se limite el tiempo de materialización de la injerencia se desprende una importante consecuencia, que consiste en que toda intervención telefónica que se realice durante un período de tiempo el cual carezca de la correspondiente resolución judicial habilitante debemos reputarla como nula y, por consiguiente, no podrán desplegar efectos probatorios en el proceso penal las conversaciones que hayan sido grabadas durante ese lapso temporal,⁴³⁷ pues afectaría directamente al derecho de defensa.

Finalmente, tras la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, el plazo de la intervención telefónica tiene una duración máxima inicial de tres meses, si bien puede prorrogarse por períodos sucesivos de igual duración hasta un total de un máximo de dieciocho meses, que consideramos excesivo y entendemos que un plazo máximo de doce meses de la medida de injerencia es más adecuado y proporcional.

⁴³⁵ STC nº 261/2005, de 24 de octubre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo.

⁴³⁶ STS nº 467/1998, de 3 de abril.

⁴³⁷ STC nº 26/2006, de 30 de enero, FJ 9º, Ponente Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

4.2.2) El cómputo del plazo.

En cuanto al cómputo de dicho plazo, la cuestión de debate que se plantea se refiere a cuál es su *dies a quo*, y han existido en dicha controversia dos posibles interpretaciones: por una parte, considerar que el plazo se inicia cuando se produce efectivamente la intervención telefónica; y, por otra parte, entender que el momento de inicio de dicho plazo es el día en que se dicta la resolución judicial habilitante. El TS se ha posicionado en favor de la primera interpretación; es decir, ha considerado que el plazo debe comenzar a computarse en el momento en el que efectivamente se activa el sistema de interceptación, que debería ser lo más próximo a la fecha de la resolución judicial habilitante, sin más excepciones que las justificadas por las dificultades técnicas de activación del sistema.⁴³⁸

Sin embargo, el TC considera que este plazo empezará a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial, independientemente de cuándo comience a hacerse efectiva la misma. La razón de esta interpretación del TC es una interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, que nos llevaría a la lectura más garantista desde la perspectiva del derecho al secreto de las comunicaciones; esto es, la que considera que el plazo de intervención posible en el derecho fundamental comienza a correr desde el momento en el que ha sido autorizada la intervención por parte del juez, con el argumento de que “el entendimiento de que la resolución judicial que autoriza una intervención telefónica comienza a desplegar sus efectos sólo y a partir del momento en que la misma se realiza supone aceptar que se ha producido una suspensión individualizada del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que tiene lugar desde el día en que se acuerda la resolución judicial hasta aquél en el que la intervención telefónica comienza a producirse”.⁴³⁹

Ahora bien, por si el debate no estuviera suficientemente abierto, no podemos dejar de hacer mención de que en dos resoluciones del TC -que avalan esta interpretación, pues una de ellas es la propia STC nº 205/2005, de 18 de julio, que acabamos de citar- existe un voto particular que matiza la postura del Tribunal, argumentando que ciertamente debe tomarse como punto de partida la regla general según la cual el plazo debe comenzar normalmente desde la fecha del auto que

⁴³⁸ STS nº 698/2001, de 28 de abril y STS nº 774/2004, de 16 de junio.

⁴³⁹ STC nº 205/2005, de 18 de julio, FJ 5º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera y STC nº 68/2010, de 18 de octubre, FJ 2º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera.

autoriza la intervención; ahora bien, pero que ello no es obstáculo para que también pueda comenzar en un momento posterior -el día de la efectiva intervención del teléfono-, siempre y cuando se cumplan dos requisitos: en primer lugar, que el tiempo transcurrido desde la comunicación del auto a la policía y la práctica de la intervención fuera razonablemente breve y estuviera justificado por las circunstancias técnicas del caso que hubieran impedido que pudiera llevarse a cabo con más diligencia; y, en segundo lugar, que así lo admitiera el órgano jurisdiccional al ejercer el control de dicha restricción del secreto de las comunicaciones.⁴⁴⁰

La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, regula expresamente la duración de la medida de injerencia, así como el cómputo de dicho plazo, y ha resuelto, de este modo, los problemas que se planteaban tanto desde el punto de vista de las carencias de nuestro sistema procesal -art. 579 LECrim. anterior a la reforma-,⁴⁴¹ así como del debate jurisprudencial -anteriormente analizado- referido al cómputo del plazo de ejecución de la medida. En ese sentido, el legislador ha establecido un sistema de plazos consistente en que hay un plazo máximo inicial de tres meses para la ejecución de la medida, cuyo cómputo debe computarse desde la fecha de la autorización judicial,⁴⁴² el cual podrá ser prorrogado por idéntico período, hasta una duración con un límite máximo de dieciocho meses; a su vez, la regulación del plazo señala que la medida de injerencia tendrá una duración que no podrá exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos.⁴⁴³

Por consiguiente, nos parece que con la reforma se han colmado las exigencias jurisprudenciales existentes en la materia, especialmente en dos cuestiones: por una parte, que la medida dure el tiempo estrictamente necesario para obtener la información requerida para el proceso, mostrándose en contra de prolongaciones de la medida que pretendan agotar los plazos de forma innecesaria; por otra parte, que el cómputo de la medida sea el de la fecha de la autorización

⁴⁴⁰ Voto particular que formula el magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas, ejerciendo la facultad que le confiere el artículo 90.2 de la LOTC, en las STC nº 205/2005, de 18 de julio, Ponente Magistrada D^a. Elisa Pérez Vera y STC nº 26/2006, de 30 de enero, Ponente Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

⁴⁴¹ Recordemos la STEDH *caso Prado Bugallo Vs. España*, de 18 de febrero de 2003, que hacía especial mención en el hecho de que nuestra normativa procesal no recogía la fijación de un límite a la duración de la medida, pudiéndose acumular sucesivas prórrogas dependiendo exclusivamente de la decisión del juez.

⁴⁴² Art. 588 ter g. LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

⁴⁴³ Art. 588 bis e.1. LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

judicial, pues de ese modo se eviten posibles “suspensiones individualizadas del derecho al secreto de las comunicaciones”, lo cual afectaría directamente al derecho de defensa. Por contra, nos parece excesivo el plazo máximo de dieciocho meses de duración de la intervención, pues desde el punto de vista tanto de la proporcionalidad de la medida durante ese plazo así como de un proceso con las debidas garantías, consideramos que hubiese sido más acertado un plazo máximo de doce meses de duración de la intervención.

4.2.3) Las prórrogas.

Hasta la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, la materialización de la injerencia interviniendo el teléfono de una persona investigada en un proceso penal podía concederse por un plazo de tres meses, prorrogable por iguales períodos, sin que *a priori* existiese un límite de prórrogas, si bien, como hemos visto, ello no significaba que el juez pudiera mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal. Así, la prórroga por iguales períodos del plazo inicial de tres meses de la intervención telefónica deja claro que se permiten, cuando sea estrictamente necesario, prórrogas sucesivas. Ello parecería lógico desde el punto de vista de la complejidad que presentan las investigaciones de hechos relacionados con la criminalidad organizada. En estos casos la jurisprudencia del TS admitía, siempre bajo la permanente vigilancia y control judicial, la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones puede mantenerse durante el tiempo necesario, al constituir un medio necesario y especialmente útil para la investigación y descubrimiento de los delitos y sus autores.⁴⁴⁴

En todo caso, la jurisprudencia recordaba recordando que cualquier sucesiva prórroga de la materialización de la injerencia debía estar sometida a un efectivo control por parte del juez de instrucción: persistían las exigencias de motivación, que debían ser igualmente observadas tanto en las prórrogas como en las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención; el juez debía conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitimaban la continuidad de la restricción del derecho -aunque fuese para poner de relieve que persistían las razones anteriores-, sin que fuera suficiente para ello una remisión tácita o presunta a la inicialmente

⁴⁴⁴ STS nº 2102/2002, de 13 de diciembre.

obtenida;⁴⁴⁵ es decir, lo que se desprendía era que las mismas garantías que se exigibles en la resolución judicial que materializa la injerencia debían observarse más tarde en las posteriores resoluciones judiciales.

No obstante, cuando hablamos de una prórroga nos estamos refiriendo a la continuidad de algo que ya ha sido objeto de decisión previa, por lo que será esa primera resolución la que exigirá, siempre y en todo caso, la concurrencia de razones y sospechas debidamente razonadas. Ahora bien, el TS ha señalado que en las sucesivas resoluciones, la legitimidad constitucional de la medida exigirá que el control judicial siga siendo efectivo, pero no necesariamente que se expresen renovados presupuestos fácticos que, por definición, pueden ser los mismos que los que motivaron la inicial autorización de la injerencia, con el argumento de que se prorroga aquello que ya ha sido objeto de decisión previa.⁴⁴⁶ En cualquier caso, el TS sí exige que para acordar la prórroga de la medida de injerencia el juez cuente con datos objetivos que aconsejen el mantenimiento de la misma.⁴⁴⁷

La jurisprudencia del TC ha señalado que existe una evidente conexidad entre la primera resolución y sus sucesivas prórrogas, por lo que debemos precisar que es necesario tener en cuenta que la posible ilegitimidad constitucional de la primera intervención afectará inexcusablemente a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica inicial puede proporcionar datos objetivos indiciarios para la investigación de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina de modo irremediable las ulteriores derivadas de la misma, por lo que arrastraría su inconstitucionalidad.⁴⁴⁸

Otra cuestión importante es la relacionada con la información que debe tener el juez respecto de los resultados obtenidos antes de acordar la prórroga de la intervención. En ese sentido, la jurisprudencia del TC ha entendido que no es

⁴⁴⁵ STC nº 26/2010, de 27 de abril, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo y STC nº 25/2011, de 14 de marzo, FJ 2º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera.

⁴⁴⁶ STS nº 636/2012, de 13 de julio.

⁴⁴⁷ STS nº 740/2012, de 10 de octubre.

⁴⁴⁸ STC nº 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijos y STC nº 253/2006, de 11 de septiembre, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Javier Delgado Barrio.

necesario que se haga entrega física de los soportes al juez con carácter previo a acordar la prórroga de la medida de intervención, pues el juzgador puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo -autoridad policial-⁴⁴⁹ e, igualmente, tampoco aparece como requisito inexcusable para conceder la prórroga que se haya procedido a la audición de las grabaciones sobre conversaciones ya obtenidas de los sospechosos en la investigación; para ello, era suficiente que los funcionarios policiales proporcionasen a la autoridad judicial elementos suficientes sobre los que el juez pudiera fundamentar su pronunciamiento de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. En definitiva, el TS ha señalado que lo realmente trascendente es que el juez esté debidamente informado del resultado de la investigación para acordar debidamente la prórroga de la medida de injerencia.⁴⁵⁰

Por otra parte, se plantea el debate que sobre la validez de la intervención si continúa la misma una vez terminado el plazo de la resolución habilitante, sin que haya sido acordada la prórroga. La jurisprudencia del TEDH ha manifestado que se produce una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones desde el momento en que expira la autorización judicial sin que se haya renovado mediante la correspondiente prórroga,⁴⁵¹ de lo que se desprende que la prórroga debe acordarse antes del vencimiento del plazo de la resolución judicial que acordaba la medida. En ese sentido, el TC ha señalado que una extralimitación en el plazo supone que las escuchas telefónicas producidas sin cobertura de una resolución judicial serían nulas, por lo que las conversaciones grabadas en ese período de tiempo no pueden desplegar efectos probatorios posteriormente.⁴⁵²

Y otra cuestión debatida -relacionada con lo anterior-, es la del cómputo del plazo de inicio de la prórroga; es decir, que si en una resolución judicial se concedía la prórroga de la medida de injerencia anticipándose a la expiración del plazo estipulado en la resolución anterior, debía entenderse que el nuevo cómputo comenzaba desde el momento del dictado de la prórroga, o bien desde la fecha en

⁴⁴⁹ STC nº 82/2002, de 22 de abril, FJ 5º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

⁴⁵⁰ STS nº 59/2009, de 3 de febrero y STS nº 1086/2011, de 19 de octubre.

⁴⁵¹ STEDH *caso Foxley vs. Reino Unido*, de fecha 20 de junio de 2000.

⁴⁵² STC nº 205/2005, de 18 de julio, FJ 5º, Ponente Magistrada Dª. Elisa Pérez Vera.

que terminase el plazo anterior. El TS había señalado que el cómputo de la prórroga se iniciaba con la fecha de la nueva resolución.⁴⁵³

La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, señala que la solicitud de prórroga al juez competente la podrán dirigir tanto el Ministerio Fiscal como la Policía Judicial -siempre con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido-, y para ello exige dos requisitos: por una parte, la inclusión de un informe detallado del resultado de la medida; por otra, las razones que justifiquen la continuación de la misma.⁴⁵⁴ A su vez, para fundamentar adecuadamente la solicitud de la prórroga de la medida de injerencia, la Policía Judicial deberá aportar -en su caso-, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones de las que se deduzcan informaciones que se consideren relevantes para decidir sobre el mantenimiento de la medida.⁴⁵⁵

Una vez formulada la solicitud de la prórroga, el juez podrá solicitar aclaraciones o mayor información -incluido el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas-, debiendo resolver en el plazo de los dos días siguientes a la presentación de dicha solicitud sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto debidamente motivado; si el juez concede la prórroga, el cómputo de la misma se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada -o de la prórroga inmediatamente anterior-, criterio del legislador que nos parece más adecuado que la línea jurisprudencial del TS -antes citada- la cual sostenía que debía entenderse que el nuevo cómputo comenzaba desde el dictado de la nueva resolución y no desde la fecha en que terminase el plazo anterior y que además permite ganar en seguridad jurídica al ser la norma -y no la jurisprudencia- la que establece el criterio.

Por otra parte, destacamos positivamente la reforma por la posibilidad de que la prórroga la pueda acordar de oficio la autoridad judicial sin necesidad de que haya una petición por parte del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, si bien la crítica a la misma consiste en que consideramos que esta facultad del juez, recogida con carácter más genérico en la reforma dentro de las “Disposiciones comunes a la

⁴⁵³ STS nº 275/2004, de 5 de marzo.

⁴⁵⁴ Art. 588 bis f. LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

⁴⁵⁵ Art. 588 ter h. LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

intercepción de las comunicaciones telefónicas (...)",⁴⁵⁶ se hubiese incluido también en el articulado referente a la solicitud de prórroga de la medida de injerencia.⁴⁵⁷

4.3) Un caso particular: la jurisprudencia sobre el Sistema Integrado de Interceptación de las Telecomunicaciones (SITEL).

4.3.1) Notas introductorias.

Los aspectos técnicos necesarios para la materialización de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones merecen estudio y análisis, pues la necesidad de acomodar debidamente las nuevas tecnologías y métodos de investigación existentes en la actualidad, con los consiguientes desafíos que supone enfrentarse a una criminalidad cada vez mejor organizada, debe producirse siempre dentro del respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como a los principios básicos del Derecho Penal y del proceso debido.⁴⁵⁸

En la actualidad, la herramienta técnica para materializar la injerencia es el denominado Sistema Integrado de Interceptación de las Telecomunicaciones, cuyo acrónimo es SITEL.⁴⁵⁹ Se trata de un sistema automatizado que ha supuesto una

⁴⁵⁶ Art. Único, Trece, de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, que crea en el Título VIII del Libro II el nuevo Capítulo IV, Art. 588 bis e. 2, recoge la posibilidad de que la medida podrá ser prorrogada de oficio por el juez,.

⁴⁵⁷ Art. 588 bis f. LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

⁴⁵⁸ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 204, donde, a su vez, la autora explica el antiguo modo manual de interceptación, consistente en que una vez obtenida la correspondiente autorización judicial, la línea telefónica era pinchada y se desviaba a un número facilitado por las autoridades policiales que permitía el acceso a las conversaciones del titular del teléfono intervenido a través de su grabación en un disco cd (anteriormente mediante un reproductor de casetes). Posteriormente, los agentes escuchaban el contenido de dichas cintas en las mismas instalaciones policiales tomando debida nota de las incidencias que se fueran produciendo en dichas conversaciones y, a continuación, la cinta era entregada a la autoridad judicial correspondiente, quien decidía la parte que debía ser incluida en el procedimiento judicial.

⁴⁵⁹ La primera noticia de carácter público que tenemos al respecto la encontramos en una nota de prensa del Ministerio del Interior, de fecha 11 de octubre de 2001, que hacía referencia a un importante aumento presupuestario relacionado con la que iba a ser inminente Presidencia española de la Unión Europea, en virtud del cual la Secretaría de Estado iba a desarrollar, junto a otros que no vienen al caso, un proyecto de inversión denominado SITEL, siendo dicho Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones un sistema informático integrado de interceptación legal de telecomunicaciones de ámbito nacional y utilización conjunta por las

auténtica revolución tecnológica y ha modernizado notablemente el antiguo sistema de intervención de las comunicaciones, adaptando de ese modo las técnicas de investigación criminal a las nuevas tecnologías existentes hoy día, eliminando cualquier vestigio de los antiguos sistemas de interceptación, si bien el oscurantismo con que empezó a implantarse el sistema ha sido una crítica efectuada por algún sector doctrinal.⁴⁶⁰

Dicha idea de modernización del mecanismo de intervención ya viene recogida por uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales⁴⁶¹ en la materia, lo cual es innegable, pues el sistema informático SITEL, desarrollado por la multinacional Ericsson, se construye sobre la base de enlaces punto a punto con las operadoras de telefonía; es decir, que utiliza una aplicación informática o software que está instalado en los proveedores de servicios de las redes de telecomunicaciones, las cuales transmiten la información correspondiente a la interceptación que dichas operadoras realizan en su sistema, para almacenarse en el sistema central de la autoridad policial correspondiente. Con posterioridad, los enlaces punto a punto establecidos, permiten únicamente la entrada de información procedente de la operadora, la cual, automáticamente, es almacenada por el sistema central en el formato recibido, con características de “sólo lectura”, sin intervención de los agentes facultados, y queda guardada con carácter permanente en el sistema central de almacenamiento a disposición de la autoridad judicial. El sistema es muy avanzado, pues una vez introducidos los parámetros de la interceptación -y ésta es una auténtica novedad- no es precisa intervención humana para realizar la misma y transmitirla en tiempo real a un centro de interceptación. De hecho, la tecnología que posee permite la sustitución de esa presencia personal por un sistema de grabación provisto de una serie de medidas de seguridad que tratan

Direcciones Generales de Policía y Guardia Civil, con dos centros de monitorización y sus redes asociadas y terminales remotos. Su plazo de ejecución era de tres años a partir de 2002, y su dotación económica inicial fue de 300.000.000 pesetas (1.803.030 euros). (www.mir.es). En la actualidad, también disponen del mismo las policías autonómicas.

⁴⁶⁰ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016, p. 237, donde el autor señala el interés policial en sacar la mayor ventaja posible a las nuevas herramientas de acceso inmediato a datos de tráfico y geolocalización, frente a la infinita capacidad de reacción de la delincuencia organizada.

⁴⁶¹ En concreto, en la STS nº 250/2009, de 13 de marzo, Ponente José Antonio Martín Pallín, en una causa condenatoria por delito contra la salud pública dimanante de la Audiencia Provincial de Cádiz, en su FJ 1º, se recoge que “El sistema SITEL es una implementación cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior. Su desarrollo responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para la figura o concepto jurídico de la intervención de las comunicaciones”.

de impedir la posible manipulación de la información interceptada con mayores garantías que en el tradicional sistema de cintas analógicas.⁴⁶²

Así, una vez solicitada y posteriormente autorizada por el juez la intervención de las comunicaciones de un sujeto determinado y concreto, la operadora afectada inicia el envío de la información al servidor central, en el cual se archivan el contenido y los datos de tráfico de las comunicaciones interceptadas, todo ello con firma digital para garantizar el contenido de la información. Este contenido se encuentra situado en los centros de interceptación de las comunicaciones, a los que acceden los agentes policiales facultados para dicha tarea. Es importante señalar que únicamente podrán acceder a esta información los miembros integrantes de la unidad operativa encargada de la investigación de los hechos, así como el solicitante y responsable de la intervención de la comunicación, mediante un código identificador de usuario y clave personales. Una vez realizada la supervisión del contenido, se actúa igual que en el modo tradicional; es decir, confeccionando las diligencias de informe correspondientes para remitirlas a la autoridad judicial competente en el asunto, por lo que el agente facultado opera como auténtico interlocutor entre la operadora y el juez que ha autorizado la injerencia. Ahora bien, los usuarios del sistema, que son los grupos operativos encargados de la investigación, no acceden en ningún momento al sistema central de almacenamiento, sino que recogen únicamente un volcado de la información con la correspondiente firma electrónica digital asociada, transfiriéndola a un CD o DVD para su entrega a la autoridad judicial, garantizándose de este modo la autenticidad e integridad de la información almacenada en el sistema central.⁴⁶³

⁴⁶² Esta manifestación la encontramos en la STS nº 1215/2009, de 30 de diciembre, sobre la cual haremos posteriormente detallada referencia, Ponente José Antonio Martín Pallín, en una causa condenatoria por delito contra la salud pública dimanante de la Audiencia Provincial de Cádiz – como en la sentencia mencionada con anterioridad, no es un error-, en su FJ 1º apartado C.10, se ha manifestado que “El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas”.

⁴⁶³ STS nº 554/2012, de 4 de julio.

4.3.2) El procedimiento técnico.

A su vez, la aparente insuficiencia de la normativa reguladora de la materia hasta la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, junto con la novedad y complejidad del sistema de funcionamiento que plantea SITEL, hace que los pronunciamientos que ha venido efectuando el TS constituyan un elemento indispensable para aproximarse al estudio de esta nueva técnica de interceptación. Por ello, en cuanto a la estructura técnica del sistema, nuestra jurisprudencia ha facilitado una explicación tanto de su funcionamiento como del protocolo de actuación que debe seguirse a la hora de tener que recurrir al sistema de escuchas. En este sentido, consideramos que ha sido pionera la STS nº 250/2009, de 13 de marzo,⁴⁶⁴ a la que ya se hizo referencia, y que explica:

Por una parte, su funcionamiento en tres principios de actuación:

1. Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil,⁴⁶⁵ distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones a los distintos usuarios implicados.
2. Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior. Existen dos ámbitos de seguridad:

a) Nivel central: Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos, donde se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar la información y distribuir la información.

b) Nivel periférico: El sistema cuenta con ordenadores únicos para este empleo en los grupos periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro. Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese usuario, siendo necesario que sea componente de la Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.

⁴⁶⁴ STS nº 250/2009, de 13 de marzo, FJ 1º. 6.B)

⁴⁶⁵ El resto de cuerpos policiales también tienen una sede central con servidor y administrador del sistema.

3. Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento.

Por otra parte, en cuanto a la información relativa a la intervención telefónica: el sistema aporta la siguiente información: 1. Fecha, hora y duración de las llamadas. 2. identificador de IMEI y nº de móvil afectado por la intervención. 3. Distribución de llamadas por día. 4. Tipo de información contenida (SMS, carpeta audio, u otras.).

En cuanto al contenido de la intervención de la comunicación, así como al ámbito de información aportada por el sistema, se verifican los siguientes puntos: 1. Repetidor activado y mapa de situación del mismo. 2. Número de teléfono que efectúa y emite la llamada o contenido de la información. 3. Contenido de las carpetas de audio (llamadas) y de los mensajes de texto (SMS).

Por consiguiente, en la actualidad el método para intervenir las comunicaciones telefónicas es -desde el punto de vista técnico y gracias a SITEL- muy avanzado respecto al existente en épocas anteriores. Ahora bien, esa incuestionable herramienta para la investigación de delitos graves no ha estado exenta de críticas que podrían poner de manifiesto una cierta vulnerabilidad del sistema desde el prisma del proceso penal debido, como se indicará más adelante.

4.3.3) La suficiencia normativa de su regulación.

La cuestión de debate se centra en la reserva de Ley Orgánica necesaria para la regulación de cuestiones que afectan a derechos fundamentales recogidos en nuestra CE -derecho al secreto de las comunicaciones- o si, por contra, cabe la posibilidad de que la regulación del procedimiento a seguir para la interceptación legal de las comunicaciones sea una ley de rango inferior, como es el caso, lo cual supone que las medidas que deberán adoptar los operadores para llevar a cabo la misma planteen dudas de legalidad e incluso de constitucionalidad.⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ La regulación es el art. 33 de la LGT, Ley nº 32/2003, de 3 de noviembre, así como en los arts. 83 a 101 (Capítulo II del Título V) del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD nº 424/2005, de 15 de abril.

La doctrina ha señalado que la normativa se centra en el deber de las operadoras de telecomunicaciones de colaborar y de facilitar los medios necesarios para llevar a cabo la ejecución de la medida, por lo que considera que el Reglamento de servicios de comunicaciones electrónicas, infringe directamente el principio de reserva de Ley Orgánica, que entiende debiera ser de aplicabilidad en esta materia a la vista de que regula aspectos absolutamente ligados al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.⁴⁶⁷

Sin embargo, el TS -Sala Tercera, contencioso-administrativa- no ha adoptado esta postura y, en una destacable resolución por el asunto que nos ocupa así como por la fundamentación jurídica que utiliza, otorgó validez legal a la normativa de SITEL.⁴⁶⁸ La sentencia no negaba que debieran ser leyes Orgánicas aquellas que regulan las garantías necesarias para legitimar la injerencia de los poderes públicos en el secreto de las comunicaciones; pero, sin embargo, considera que la reserva de ley Orgánica no tiene por qué extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con las interceptaciones de las comunicaciones, entre las que figuran los protocolos de actuación de los operadores de telecomunicaciones obligados a realizar “físicamente” las medidas amparadas en una resolución judicial de interceptación. En ese sentido, argumentaba que, toda vez que la Ley nº 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas y de Redes Públicas de Comunicación, ha dado una nueva redacción al art. 33 de la LGT e incorpora los aspectos esenciales del Capítulo que el Reglamento de Servicios de Comunicaciones Electrónicas dedicaba a la interceptación de las comunicaciones, se ha elevado el rango de buena parte de su contenido material; es decir, que el TS no convalidó la norma reglamentaria, sino que simplemente dejó sin contenido el objeto del recurso que se planteaba por razón de la subsanación del aparente vicio de falta de cobertura legal de las normas reglamentarias que trataban aspectos relacionados con la interceptación de comunicaciones electrónicas.

⁴⁶⁷ Cfr. En ese sentido MARTÍNEZ FERRIZ, J. L., “La operatividad de SITEL: su discutida legalidad dentro de un Estado de Derecho que actúa bajo el imperio de la ley”, *Diario La Ley* nº 7434, Madrid, 2010; y también RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., “Consideraciones jurídicas en torno a la licitud constitucional de SITEL”, *Diario La Ley* nº 7344, Madrid, 2010, donde el autor destaca la falta de una regulación específica de la intervención en el llamado centro de recepción, su naturaleza jurídica, su relación con la autoridad judicial habilitante; y plantea dudas referentes al método de conservación y custodia del material objeto de interceptación, así como sobre el cotejo y control de autenticidad e integridad del material que se facilita en soporte magnético a la autoridad judicial a través del agente facultado para ello.

⁴⁶⁸ STS, Sala Tercera, de 5 de febrero de 2008.

Por ello, sobre la cuestión planteada respecto a la posible insuficiencia de una ley ordinaria para sanar la normativa reglamentaria impugnada, y que reclamaría la concurrencia de una Ley Orgánica para desarrollar debidamente el contenido del art. 18.3 de la CE, el TS entendió que, tanto la LGT como su Reglamento, ofrecen una cobertura legal suficiente, pues lo que hacen es concretar el modo en que las operadoras de comunicaciones han de responder ante una orden de interceptación legal, cuyos presupuestos y condiciones de validez ya vienen definidas tanto en la LECrim, como en la LO nº 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, así como en la jurisprudencia que interpreta a las mismas. El TS concluyó que una ley ordinaria puede regular y especificar los aspectos propiamente técnicos, operativos e instrumentales de la interceptación y señala *in fine* que sí es necesario un desarrollo reglamentario específico para ciertos aspectos secundarios ejecutivos que inevitablemente han de precisarse en un proceso complejo con obvias implicaciones técnicas.⁴⁶⁹

4.3.4) Especial referencia a la STS nº 1215/2009, de 30 de diciembre.

4.3.4.1) El criterio de la mayoría.

El TS señaló en la sentencia nº 1215/2009, de 30 de diciembre, que la regulación del sistema SITEL disponía de cobertura legal suficiente para la materialización de la injerencia, con el argumento de que la reserva de Ley Orgánica no tiene por qué extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con las interceptaciones, entre las que figuran los protocolos de actuación de los operadores de telecomunicaciones a realizar físicamente las medidas amparadas en una resolución judicial de interceptación; es decir, que consideró que la contemplación de un desarrollo reglamentario específico para ciertos aspectos secundarios ejecutivos que inevitablemente han de precisarse en un proceso complejo con obvias implicaciones técnicas, por lo que los datos instrumentales de información asociada, si bien son relevantes para las finalidades de la interceptación, se encuentran dentro del marco de libertad de configuración normativa porque se consideran ajenos a la orden legal de interceptación.

En otras sentencias del TS respecto a SITEL, parece que más bien se describan aspectos relacionados con características técnicas y operativas del

⁴⁶⁹ En idéntico sentido se pronuncia la STS nº 419/2009, de 5 de noviembre.

sistema, pero sin llegar a profundizar en las cuestiones que plantean realmente controversia jurídica desde el prisma constitucional y procesal penal.⁴⁷⁰ Así, una vez garantizada la defensa de la adecuación del principio de legalidad de este sistema de interceptación de las comunicaciones, no se abordaban con rigor otros aspectos polémicos de dicho sistema que sí ha tratado esta sentencia.

El discurso preambular de la resolución analizada defiende nuevamente el respeto del principio de reserva de ley en la regulación técnica de SITEL, en la línea de la sentencia del TS -Sala Tercera- de 5 de febrero de 2008,⁴⁷¹ si bien insistió en que sería conveniente que por parte del poder legislativo se llevase a cabo una reforma del sistema legal de interceptación de comunicaciones en el sentido de que sería deseable el establecimiento de un catálogo de infracciones de orden penal susceptibles de permitir la materialización de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, citando para ello -como ejemplo- el redactado del art. 282 bis de la LECrim.⁴⁷²

Otras cuestiones objeto de debate, y que resuelve la sentencia, se plantean en lo referente a la posible manipulación de las conversaciones y datos que han sido objeto de grabación, así como el modo en que dichos soportes deben ser incorporados al proceso y su correspondiente valor probatorio: Por una parte, en cuanto a la posible manipulación de los soportes que incluyen las conversaciones y otros datos que hayan sido objeto de grabación, el TS no descarta que la posible manipulación sea técnicamente posible, pero señala que la demostración de dicho extremo debe nacer de datos objetivables e irrefutables; es decir, que admite la posibilidad de negar la autenticidad de los contenidos del DVD. En el caso de impugnar su veracidad nos situamos ante una pericia contradictoria que permitiría,

⁴⁷⁰ Destacando entre ellas las STS nº 250/2009, de 13 de marzo y STS nº 419/2009, de 5 de noviembre.

⁴⁷¹ Lo que hace reproduciendo los argumentos que hemos visto por parte de la STS -Sala Tercera- de 5 de febrero de 2008, así como por parte de las STS nº 250/2009, de 13 de marzo y STS nº 419/2009, de 5 de noviembre.

⁴⁷² El art. 282 bis LECrim, en sede de su Título III, De la Policía Judicial, en su apartado 4º, redactado por el apartado 2º de la Disposición Final Primera de la LO nº 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO nº 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, considera como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, un catálogo de conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de determinados delitos que se enumeran.

con los actuales sistemas, realizar una auditoría informática, que permitiera supervisar el funcionamiento del sistema y sus posibles manipulaciones o alteraciones.

Por otra parte, y en cuanto al modo en que los soportes de las grabaciones que se han volcado de en DVD desde el disco duro, deben ser trasladados a la autoridad judicial para su correcta incorporación al proceso y su correspondiente valor probatorio. La sentencia afirma que tienen naturaleza de documento público, aunque en este caso lógicamente sea digitalizado. Los criterios jurisprudenciales son idénticos a los reiteradamente señalados por el TS a la hora de otorgar valor de documento público a las cintas magnetofónicas originales, utilizadas antes de SITEL, en las cuales se habían almacenado las conversaciones telefónicas que habían sido objeto de intervención, y que gozaban de presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario.

4.3.4.2)El voto particular.

No obstante, con la sentencia se emitió un voto particular⁴⁷³ que contiene una posición abiertamente discrepante con la mayoría de los componentes de la Sala, y que se sustenta básicamente en las siguientes cuestiones que se desarrollan a continuación.

En lo concerniente a la consideración de documentos públicos -de carácter electrónico- de los soportes que contienen las grabaciones telefónicas, con las inherentes consecuencias jurídica y prácticas que se desprenden de dicha consideración, la argumentación que ofrece el voto particular carga contra esa pretendida presunción de autenticidad que la mayoría de la Sala sostiene respecto de la fiabilidad del sistema, y resalta las innumerables posibilidades de que la información almacenada en soporte informático pueda ser manipulada; es decir, que la realidad de que los soportes constituyan auténticas pruebas electrónicas no es cuestionado, sino que la controversia se plantea porque pueda considerarse a los soportes electrónicos una prueba de carácter privilegiado con respecto a otros casos o ejemplos de documentos electrónicos cuya virtualidad y fuerza probatoria sí que pueden ser cuestionados en acto de juicio. Por ello, los magistrados firmantes del

⁴⁷³ Voto particular del Magistrado D. Manuel Marchena Gómez, con el apoyo del Magistrado D. José Manuel Maza Martín, cuyo criterio tuvo también cierta acogida en la STS nº 151/2010, de 22 de febrero.

voto particular abogan por el establecimiento de un sistema que garantice la integridad de cualquier documento electrónico para que, de ese modo, se le pueda atribuir a dicho documento electrónico plena eficacia probatoria.

A su vez, el voto particular efectúa una importante crítica a la ausencia de una concreta regulación de la fase en que la información obtenida y almacenada, como consecuencia de la materialización de la injerencia, es trasladada a la autoridad judicial. En ese sentido, se plantea el establecimiento de un “test de admisibilidad”. Dicho de otro modo, defiende el establecimiento de unos niveles de control que afectan al juicio tanto de autenticidad como de inalterabilidad del documento electrónico que se facilita al juez, y que se estructuran en tres niveles de actuación: un primer nivel de integridad o inalterabilidad; un segundo nivel de autenticidad, que comprendería aspectos relacionados con la identificación del sujeto al que se atribuyen las conversaciones así como con el contenido que reflejan las mismas; y un tercer nivel de licitud, es decir, de justificación de que la obtención de la información almacenada en los soportes se ha llevado a cabo con absoluto respeto a los derechos y libertades fundamentales.

El discurso jurídico del voto particular se centra fundamentalmente en el primer nivel del denominado test de admisibilidad, esto es, en la inalterabilidad de los soportes y en la indudable acreditación de que la información que se facilita a la autoridad judicial no haya podido ser manipulada, sea por eliminación de algunos datos, sea por modificación de algunos de los contenidos. Por esa razón, se llega a plantear la necesidad de que, una vez efectuado el proceso de grabación de las conversaciones, se proceda a activar algún tipo instrumento de certificación que pueda garantizar: que desde el momento en el que culminó el proceso de transferencia de archivos hasta su recepción por parte de la autoridad judicial, ese DVD no ha sido abierto; en consecuencia, que no ha sido posible la existencia de riesgo de manipulación alguno; y finalmente, que quien garantice la integridad del documento sea el funcionario responsable del tratamiento, por consiguiente, el único capacitado para su autenticación. Así, se quiere dar a entender que únicamente bajo las garantías que ofrecen estas tres condiciones, el documento electrónico tendría la consideración de documento electrónico público. El documento electrónico tiene, por tanto, la consiguiente fuerza probatoria, si bien no más allá de la que le es reconocida a otros instrumentos públicos de similar naturaleza jurídica, todo ello en concordancia con el art. 230 de la LOPJ, en lo referente a la garantía de autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

En cualquier caso, lo cierto es que el TS ha otorgado cobertura legal a la utilización de SITEL como sistema de materialización de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pues así lo acreditan sus posteriores resoluciones,⁴⁷⁴ ya que considera que dicho sistema cumple con todas las exigencias y garantías propias de esta clase de diligencias de investigación y probatorias que cuentan con una previa autorización judicial para su práctica,⁴⁷⁵ si bien en nuestra opinión, el hecho de que SITEL no garantice que los soportes que incluyen las conversaciones que hayan sido objeto de grabación puedan ser técnicamente manipulados reconoce la vulnerabilidad del sistema, lo cual entendemos que afecta directamente al adecuado derecho de defensa.

Como consecuencia de la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, el legislador garantiza que la información transmitida al juez es toda la existente y que no ha sido objeto de manipulación, ya que exige a la Policía Judicial poner a disposición del juez las grabaciones íntegras efectuadas, indicando el origen de cada una de ellas, y asegurándose mediante un sistema de sellado o de firma electrónica avanzado -o sistema de adveración suficientemente fiable-, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas,⁴⁷⁶ lo que nos parece positivo pues refuerza la garantía para las partes de la autenticidad del material que recibe la autoridad judicial, lo cual -a buen seguro- reducirá en los tribunales posibles incidencias derivadas de impugnaciones respecto a la fiabilidad de la información, lo que -en ese sentido- sí supone mayores garantías para el derecho de defensa.

⁴⁷⁴ En ese sentido se han pronunciado posteriormente las STS nº 267/2010, de 31 de marzo y STS nº 705/2010, de 15 de julio, y de fecha más reciente las STS nº 706/2014, de 22 de octubre y STS nº 513/2015, de 9 de septiembre.

⁴⁷⁵ La STEDH *caso Kennedy vs. Reino Unido*, de fecha 18 de mayo de 2010, si bien con las diferencias propias del sistema anglosajón frente al continental, ha consagrado la legitimidad de un novedoso sistema de regulación de interceptación de las comunicaciones, adaptado a las nuevas tecnologías, como es la *Regulation Investigatory Powers Act* (RIPA) de 2000, que muestra claros paralelismos con SITEL, validando tanto las características técnicas del sistema así como las garantías que se derivan de su implantación.

⁴⁷⁶ Art. 588 ter f., en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 588 bis g., LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

4.4) Los soportes: volcado de datos, transcripción de contenidos, entrega a la autoridad judicial y destino final de los mismos.

La conciencia de que la regulación que encontrábamos en nuestra normativa procesal para la materialización de la injerencia -art. 579 LECrim., anterior a la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre-, era insuficiente se puso también de manifiesto en el proceso de volcado de datos, así como en el procedimiento para entregar posteriormente los soportes a la autoridad judicial tras la correspondiente intervención telefónica. Por dicho motivo, y ante la ausencia de aquella regulación procesal, la jurisprudencia intentó colmar algunas lagunas.

Por un lado, en lo que se refiere al volcado de datos, el TS ha señalado que las unidades policiales de investigación son las que, en el cumplimiento de lo ordenado por la correspondiente autoridad judicial, proceden a volcar a un soporte CD o DVD el contenido de la intervención efectuada, y deben adoptar las medidas necesarias para garantizar su autenticidad. Este volcado es de fecha a fecha; es decir, que comienza con el primer día de la intervención e incorpora la totalidad de las conversaciones y datos asociados producidos hasta la fecha que se indique al sistema de interceptación, que será la señalada por el juzgado para que se le dé cuenta -semanal o quincenalmente- o la necesaria para solicitar la adopción de una medida de prórroga de la intervención. En ese sentido, la realización de sucesivos volcados de la intervención a los soportes CD o DVD se lleva a cabo sin solución de continuidad y, por ello, se enlazan los períodos temporales hasta que finaliza la intervención, de forma que los CD o DVD aportados a la autoridad judicial contienen íntegramente la intervención que se ha llevado a cabo. Ese soporte original será el archivo que debe garantizar la exactitud de los datos.

Por tanto, el volcado de la información que se recoge -con la correspondiente firma electrónica digital asociada- se transfiere a su vez a un CD o DVD para su posterior entrega a la autoridad judicial, que es el que garantiza tanto la autenticidad como la integridad de la información almacenada en el sistema central.⁴⁷⁷ A esta garantía contribuye la moderna tecnología de SITEL, el cual impide que desde un equipo remoto se pueda modificar o borrar absolutamente nada del servidor central del centro operativo. De ese modo, tanto el contenido de las conversaciones como los datos asociados quedan íntegramente grabados, y es imposible su borrado. No cabe, por tanto, su alteración, ya que queda registrado en el sistema cualquier

⁴⁷⁷ STS nº 554/2012, de 4 de julio.

intento de manipulación. De ahí que resulte posible la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD o DVD entregados en el juzgado: su contraste puede efectuarse en cualquier momento del proceso con los que quedan registrados en el servidor central del SITEL a disposición de la autoridad judicial.⁴⁷⁸

A su vez, el TS ha valorado como garantía adicional el hecho de la escisión funcional existente entre funcionarios policiales, pues unos escuchan y otros desarrollan tareas de investigación, de modo que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de escucha del objeto de la investigación. Del mismo modo, la propia digitalización del soporte de interceptación permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización, lo que -en principio-, se evita mediante la fijación horaria, por lo que parece que se hace imposible su manipulación.⁴⁷⁹

Por tanto, la autoridad que ostentan los agentes policiales también garantiza la autenticidad de la información entregada al juez. No obstante, y para que no quede limitado el derecho de defensa, siempre queda abierta la posibilidad de que la defensa pueda cuestionar la autenticidad de los contenidos entregados en el CD o DVD, posibilidad que debe llevarse a cabo mediante una pericia contradictoria a través de una auditoría informática que permite supervisar el funcionamiento del servidor central del sistema -así como sus posibles manipulaciones-, y que permitiría acreditar la alteración de las conversaciones grabadas o de su volcado,⁴⁸⁰ si bien el TS ha señalado que debe partirse de la base de la presunción de legalidad de las actuaciones administrativas;⁴⁸¹ por consiguiente, el contenido de los CD o DVD sobre los que se han volcado las grabaciones existentes en el disco duro gozan de una absoluta presunción de autenticidad, salvo prueba en contrario.⁴⁸²

Por otro lado, en lo concerniente a la transcripción del contenido de los soportes donde constan las intervenciones telefónicas efectuadas, debe constar

⁴⁷⁸ STS nº 1215/2009, de 30 de diciembre.

⁴⁷⁹ STS nº 629/2011, de 23 de junio.

⁴⁸⁰ STS nº 1215/2009, de 30 de diciembre.

⁴⁸¹ STS nº 901/2009, de 22 de enero.

⁴⁸² STS nº 575/2013, de 28 de junio.

debidamente averado por el secretario judicial, siendo su presencia la que garantiza la correlación entre los CD o DVD y las transcripciones que de ellos se haga.⁴⁸³ Por su importancia para el debate contradictorio entre las partes, que lógicamente debe concretarse en el derecho de las mismas a examinar los contenidos de dichos soportes informáticos, esta diligencia debe ser notificada a dichas partes para que las mismas puedan contradecir y proponer una prueba pericial sobre la autenticidad del soporte.

Al margen de las transcripciones, el TS ha señalado que la audición de las conversaciones intervenidas permite dar mayores elementos de convicción que la simple lectura de las transcripciones, lo que permite una mejor valoración de la prueba.⁴⁸⁴

Respecto a su entrega a la autoridad judicial, el TC ha señalado que la incorporación al proceso de los soportes utilizados o de las transcripciones de las conversaciones intervenidas puede afectar al derecho a un proceso con todas las garantías y a su utilización como prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado si dicha incorporación se ha producido de modo irregular; esto es, cuando no se reúnan debidamente las garantías de control judicial, contradicción y respeto del derecho de defensa.⁴⁸⁵ De ello se debe desprender que las cuestiones que se susciten con referencia a la entrega de los soportes no afectan al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sino que entran dentro del ámbito de los derechos fundamentales vinculados a las garantías del proceso debido.⁴⁸⁶ Su entrega se debe hacer a la autoridad judicial por parte de los funcionarios policiales, que de ese modo actúan como intermediarios en la entrega de los soportes y, una vez se hayan recibido, quedan bajo custodia por parte del secretario judicial, a quien le corresponde la adopción de las medidas necesarias para que se pueda garantizar debidamente su conservación, así como el

⁴⁸³ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 107, señala que la intervención del secretario judicial como fedatario judicial no convierte al documento fonográfico obtenido en documento público indiscutible en su contenido material. La fe judicial se limita a acreditar el hecho de la existencia de las grabaciones y de su identidad, y es el órgano judicial sentenciador quien ha de verificar la autenticidad de lo que consta en las mismas.

⁴⁸⁴ STS nº 14/2008, de 18 de enero.

⁴⁸⁵ STC nº 150/2006, de 22 de mayo, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Pablo Pérez Tremps.

⁴⁸⁶ STC nº 197/2009, de 28 de septiembre, FJ 10º, Ponente Magistrado D. Javier Delgado Barrio.

aseguramiento de que los datos que contienen dichos soportes no serán alterados en modo alguno.

En cuanto al destino final de los soportes el TS ha señalado que una vez terminado el proceso penal en la forma que fuere -pero especialmente si hay una sentencia absolutoria o un sobreseimiento de las actuaciones-, la destrucción o borrado de los soportes -esto es, su destino- debe englobarse en las garantías del proceso para evitar posibles abusos por la posterior utilización de la información que ha sido almacenada.⁴⁸⁷ De hecho, el TS señaló que en las causas en las que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, los juzgados y tribunales debían acordar de oficio en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales, que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias; sólo han de conservar de forma segura las entregadas a la autoridad judicial, y han de verificar en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido.⁴⁸⁸ Por consiguiente, debía procederse a la destrucción de los soportes una vez que éstos hayan cumplido su objetivo -especialmente, cuando hayan sido rechazados como prueba-, pues la garantía jurisdiccional del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones exige que el control judicial se ejerza tanto cuando se ordena la medida, mientras se lleva a cabo, así como cuando cesa la misma.⁴⁸⁹

Tras la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, el legislador regula expresamente la destrucción de los registros si bien exige un requisito claro: que el procedimiento haya terminado mediante resolución firme. En ese momento, deberá ordenarse el borrado y posterior eliminación de los registros originales que consten en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida, aunque el secretario judicial guardará una copia bajo su custodia. A su vez, se acordará la destrucción de esas copias conservadas -en un plazo de cinco años- en los siguientes casos: desde que la pena se haya ejecutado, cuando el delito o la

⁴⁸⁷ STS nº 250/2009, de 13 de marzo.

⁴⁸⁸ STS nº 565/2011, de 6 de junio.

⁴⁸⁹ La mencionada STEDH, *caso Kennedy vs. Reino Unido*, de fecha 18 de mayo de 2010, recoge la exigencia de destrucción del material interceptado al desaparecer las razones que justificaban la injerencia. En ese sentido, la STEDH *caso Valenzuela Contreras vs. España*, de fecha 30 de julio de 1998, incidió en la carencia de nuestra regulación procesal ya que no se hacía referencia al destino final de las cintas, sorprendiendo que, con posterioridad, en la STEDH *caso Prado Bugallo vs. España*, de fecha 18 de febrero de 2003, no se hiciese mención de tal detalle cuando nuestro legislador todavía no había abordado tal cuestión.

pena hayan prescrito, cuando se haya decretado el sobreseimiento libre de las actuaciones, o bien cuando haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado; en ese sentido, los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto dicha destrucción de los registros. Este criterio contiene una excepción: la salvedad de que a juicio del Tribunal se considerase precisa la conservación de una copia por algún motivo, que la norma no especifica.

5. El valor probatorio.

La materialización de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones tiene claramente un objetivo de valor probatorio, pues su finalidad siempre debe entenderse dentro del prisma del establecimiento y averiguación de la existencia de hechos delictivos graves y el descubrimiento de las personas responsables del mismo.⁴⁹⁰ Por consiguiente, el valor probatorio del material obtenido con las intervenciones telefónicas para el acto de juicio oral es un aspecto esencial. En ese sentido, siendo pacíficamente aceptado que el debate probatorio debe celebrarse ante el juez o tribunal que dictará sentencia valorando los medios de prueba obrantes en la causa -pues ello supone para las partes poder actuar con las debidas garantías en un proceso que otorgue tutela a los principios de publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción-, se puede afirmar que el momento del proceso penal en el cual debemos hablar de prueba en sentido estricto es en el acto de juicio oral. Ahora bien, no es menos cierto que este criterio general viene admitiendo determinadas excepciones en el caso de determinadas diligencias de investigación que se practican anticipadamente y que, sin embargo, permiten su incorporación al caudal probatorio objeto del proceso. Dicha excepción viene condicionada por el cumplimiento en su práctica y reproducción de determinados requisitos para poder garantizar su autenticidad y fiabilidad: sin entrar a valorar la delimitación conceptual de la denominada prueba anticipada y prueba preconstituida, lo que realmente nos interesa por la materia objeto de estudio es que podemos afirmar que las intervenciones telefónicas efectúan su despliegue probatorio de dos modos: como medio de investigación y como prueba directa en sí misma.

El despliegue probatorio de las intervenciones telefónicas como medio de investigación requiere que se hayan respetado determinadas exigencias

⁴⁹⁰ STS nº 1489/2004, de 18 de diciembre.

constitucionales que determinan la validez de la intromisión -como hemos ido analizando, básicamente dichas exigencias son la judicialidad, la excepcionalidad, así como la proporcionalidad de la medida-. La falta de respeto de estas exigencias deriva en nulidad insubsanable por vulneración del art. 18.3 CE, con la correlativa nulidad de todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie la conexión de antijuridicidad,⁴⁹¹ como veremos más adelante. En este sentido, parece importante recordar que la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas es una actividad técnica que, por sí misma, no constituye ninguna actuación probatoria,⁴⁹² sino que lo que interesa son los resultados que se obtengan por la materialización de la injerencia, que son los que pueden poseer aptitud probatoria; esto es: lo que puede constituir elemento probatorio es el contenido de las conversaciones grabadas. Por consiguiente, se trata de una actividad de investigación y de obtención de determinados elementos con aptitud probatoria los cuales han de asegurarse mediante su grabación para su posterior incorporación al juicio oral, acto en el que su valoración corresponde al tribunal sentenciador.

Por otra parte, las posibles irregularidades en que se haya podido incurrir en momentos posteriores a la ejecución de la medida, es decir, ya en la incorporación de su resultado al proceso, no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones, sino en su caso al derecho a un proceso con todas las garantías, entrando en este grupo las irregularidades relativas a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido.⁴⁹³ Todo ello supone que, en sede de intervenciones telefónicas, deberíamos diferenciar: por una parte, la invalidez total de la intervención por infracción de un requisito fundamental en la adopción o ejecución de la medida que supondría una vulneración del art. 18.3 de la CE; y, de otro lado, las posibles infracciones procedimentales que pueden producirse en la incorporación del resultado de la diligencia a las actuaciones, las cuales no supondrían la vulneración de dicho derecho fundamental -ni, por tanto, su total invalidez-, sino que impiden que la grabación de las escuchas se convierta en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia, esto es, la falta de validez probatoria del resultado de las escuchas.

⁴⁹¹ Entre otras, STS nº 457/2010, de 25 de mayo y STS nº 616/2010, de 3 de junio.

⁴⁹² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 103.

⁴⁹³ STS nº 1191/2004, de 21 de octubre.

Por consiguiente, analizados los requisitos exigidos tanto para la materialización de la injerencia en el momento de su autorización, como para la ejecución de la misma, los resultados obtenidos con la intervención telefónica deben cumplir unos requisitos de naturaleza procesal para que sea un medio de prueba válido y eficaz en el proceso, cuyo incumplimiento llevará aparejada la imposibilidad de que los soportes puedan formar parte del caudal probatorio.⁴⁹⁴

5.1) La reproducción de las grabaciones en el juicio oral: prueba documental.

Este modo de incorporar al juicio oral los resultados de la materialización de la injerencia destaca por su habitualidad, tanto lo que es propiamente la audición de los soportes, como su transcripción, la cual debemos entenderla efectuada como un acto sumarial previo. Y es que a la grabación de los soportes de las escuchas telefónicas, así como a sus correspondientes transcripciones, la jurisprudencia del TS les ha otorgado una calificación de documento en el sentido amplio de la medida,⁴⁹⁵ ya que de ese modo se perpetúan determinados sucesos,⁴⁹⁶ si bien ya se hace mención a que los actuales avances técnicos han ampliado notablemente los soportes capaces de perpetuar cualquier declaración de voluntad, por lo que el concepto de documento ya no puede ceñirse con exclusividad al papel por escrito de una declaración de una persona.

En ese sentido, es importante señalar que nuestro CP recoge una definición claramente evolutiva del concepto jurídico-penal de documento, pues incluye en tal denominación “todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica” -art. 26-; es decir, que si bien tradicionalmente el concepto de documento ha estado ligado a la forma escrita, en este enunciado lo que debe ser resaltado es la trascendencia jurídica que pueda derivarse de la información proyectada en el soporte u objeto material, tal y como ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia.⁴⁹⁷ Por otra parte, cuando en la ley procesal civil se describen los

⁴⁹⁴ STS nº 21/2002, de 15 de enero.

⁴⁹⁵ Cfr. art. 726 LECrim. y demás concordantes, sobre el modo de practicar la prueba documental durante el juicio oral.

⁴⁹⁶ STS de 9 de julio de 1993 y de 11 de octubre de 1993, entre otras.

⁴⁹⁷ STS nº 524/1996, de 10 de julio, la cual cita que en este concepto de documento puede tener cabida cualquier objeto material, incluso los de futura aparición.

medios de prueba, encontramos una diferencia entre la prueba documental⁴⁹⁸ y los medios de reproducción de la palabra, sonido e imagen.⁴⁹⁹ Ello plantea la duda de si el resultado de la intervención telefónica debe ser introducido en acto de juicio oral como prueba documental, o bien mediante este medio de prueba más específico que recoge la LEC. En ese sentido, el TS ha señalado la plena validez de la introducción del resultado de la intervención telefónica en el proceso penal como prueba documental,⁵⁰⁰ y en idéntico sentido se ha pronunciado el TC.⁵⁰¹ A su vez, como la LECrim. no dispone de una regulación detallada de la prueba documental, debemos concluir que serán las disposiciones de la LEC las que se aplicarán de forma supletoria.⁵⁰² En cualquier caso, si bien con respecto al contenido del documento la definición legal exige que el mismo tenga relevancia jurídica, es de destacar que el interés de la jurisprudencia reside en su eficacia probatoria; es decir, lo importante es que se respeten las reglas de la buena fe tanto en su origen como fuente de prueba, como en lo referente a su introducción en el acto de juicio oral.

En cuanto a la necesidad de que se incorporen o aporten todas las grabaciones originales, es pacífico el criterio jurisprudencial del TS de que deben aportarse al Juzgado todos los soportes originales de las intervenciones telefónicas,⁵⁰³ pues sólo así podremos descartar cualquier atisbo de duda que se pueda plantear respecto de la autenticidad e integridad del soporte. De este modo, queda excluido cualquier intento de manipulación, alteración o sustitución de los contenidos del mismo. Ahora bien, como en la actualidad el sistema de interceptación de las comunicaciones es SITEL, tal y como se ha tratado anteriormente al analizar el mismo, sus características técnicas implican necesariamente una relativización de esta exigencia, puesto que las grabaciones que se efectúan mediante dicho sistema carecen de soporte original. Como se ha indicado, las conversaciones se registran en un ordenador central del que son extraídas posteriormente las sucesivas copias. Por ello, y de acuerdo con su finalidad, lo decisivo no son las características técnicas del disco sobre el cual se

⁴⁹⁸ Art. 299.1. LEC.

⁴⁹⁹ Art. 299.2 LEC.

⁵⁰⁰ STS nº 506/2013, de 22 de mayo.

⁵⁰¹ STC nº 26/2010, de 27 de abril, FJ 6º, Ponente Magistrado D. Eugeni Gay Montalvo.

⁵⁰² Art. 4 LEC.

⁵⁰³ STS nº 1009/2010, de 10 de noviembre.

procede al volcado de los datos, sino las garantías del sellado que acompaña a los soportes y que son los remitidos a la autoridad judicial.⁵⁰⁴ Por consiguiente, lo que realmente debemos considerar relevante no es tanto que el soporte se acomode a uno u otro formato, sino que no puedan existir dudas acerca de la autenticidad del contenido transcrito que aparece en el soporte remitido. La autenticidad es la identidad entre registro en el ordenador central y registro en el soporte.⁵⁰⁵ Por consiguiente, es destacable aquí es la existencia de una interpretación teleológica del modo de aportación de los soportes originales al juzgado, sean del modo tradicional o de SITEL, pues en cualquier caso se trata de que se cumpla la misma finalidad.

Por tanto, la validez probatoria del resultado de las intervenciones telefónicas necesariamente pasa por que todas y cada de las grabaciones originales se encuentren en sede judicial y, de ese modo, a disposición de las partes, para que éstas puedan solicitar su audición o las pruebas que estimen oportunas -por ejemplo, pruebas sobre identificación de voz-.⁵⁰⁶ De aquí se puede concluir que la aportación de los soportes originales y su disponibilidad en el acto de juicio oral a favor de las partes del proceso penal constituye un presupuesto necesario para que el contenido de las conversaciones pueda tener la debida eficacia probatoria,⁵⁰⁷ erigiéndose de ese modo en una garantía plenamente efectiva tanto del principio de inmediación como del principio de derecho de defensa.⁵⁰⁸

Por otra parte, la falta de aportación de la totalidad de las cintas grabadas no supone vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que impediría valorar como prueba de cargo el material grabado y efectivamente aportado al juzgado, es decir, que ello no necesariamente impediría que el acusado pudiera ser condenado si concurren contra el mismo otras pruebas de cargo.⁵⁰⁹ Igualmente, en ocasiones nos encontramos con la problemática que plantea el hecho de que alguna de las cintas originales estuviese defectuosa o estropeada,

⁵⁰⁴ STS nº 1114/2009, de 12 de noviembre.

⁵⁰⁵ STS nº 751/2012, de 28 de septiembre.

⁵⁰⁶ STS nº 338/2007, de 25 de abril.

⁵⁰⁷ STS nº 40/2009, de 28 de enero.

⁵⁰⁸ STC nº 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 9º, Ponente Magistrado D. Pablo García Manzano.

⁵⁰⁹ STS nº 1191/2004, de 21 de octubre.

impidiendo su correcta audición; si fuese así no podría otorgarse a la misma, o al pasaje concreto defectuoso, valor probatorio alguno, sin por ello extender dicha imposibilidad probatoria al resto de pasajes o soportes que se encuentren en perfecto estado.⁵¹⁰

Aspecto diferente es el relacionado con la posible exigencia de audición del contenido de todas las intervenciones telefónicas obrantes en los soportes o la lectura de sus transcripciones. Por una parte, si hablamos de garantía probatoria, su efectividad máxima parecería alcanzarse al escuchar el contenido de todos los soportes en las sesiones de juicio oral, ya que ello permitiría al tribunal conocer directamente su contenido íntegro bajo los principios de inmediación y contradicción a favor de las partes; pero, por otra parte, las audiciones o la lectura podrían hacerse prácticamente interminables. Por ello, la jurisprudencia del TS señala que la audición directa en el juicio oral de todo el material grabado en los soportes ciertamente no escapa a las valoraciones de pertinencia y de necesidad de la prueba, lo que es especialmente relevante en el caso de pretender la escucha de todas las conversaciones de manera íntegra; es decir de su totalidad, sin excluir ninguna conversación o fragmento aunque resulten ajenos al objeto del proceso o afecten exclusivamente a intereses defensivos distintos de los del proponente. Pero, en ese sentido, se pone de manifiesto que no es necesario oír la totalidad de las cintas, sino los pasajes indicados por cada una de las partes que le interesan a efectos probatorios,⁵¹¹ por lo que la audición o lectura completa podría conducir a una dilación o incluso a una paralización innecesaria del procedimiento.⁵¹² En definitiva, la lectura o audición de los soportes debe ceñirse a la lectura de los datos o audición parcial de las conversaciones que tengan un interés directo y real para la causa y en la medida que haya sido solicitado por las partes.

5.2) Las transcripciones.

En lo referente a la transcripción de los soportes, el TS ha señalado que la misma puede sustituir la audición de los soportes en acto de juicio, siempre que dicha transcripción se haya realizado bajo la fe pública judicial, y se proceda a su lectura -salvo renuncia expresa de las partes- y exista la clara posibilidad de que

⁵¹⁰ STS nº 18/2003, de 18 de enero.

⁵¹¹ STS nº 972/2010, de 29 de septiembre.

⁵¹² STS nº 2470/2001, de 27 de diciembre.

pueda ser sometida a contradicción para garantizar adecuadamente el derecho de defensa.⁵¹³

A su vez, el TS ha señalado que el verdadero elemento probatorio lo constituyen los soportes originales, pues la transcripción cumple la misión de facilitar el acceso al contenido de los mencionados soportes a través de su lectura, pero no podemos considerar que sea un elemento que integre la diligencia con un carácter necesario y legitimante. Por consiguiente, lo que en realidad constituye el material probatorio son las cintas grabadas y no su transcripción, que únicamente tiene como misión permitir un manejo más fácil del contenido de las mismas; por tanto, es decisivo que las cintas originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial.⁵¹⁴ A su vez, las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del secretario judicial, y una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo,⁵¹⁵ criterios jurisprudenciales acogidos por la doctrina.⁵¹⁶

No obstante, existe un debate doctrinal que plantea la posibilidad de que nos encontramos ante dos caras de una misma realidad, de forma que las intervenciones telefónicas obrantes en los soportes pueden adoptar la forma oral, en la grabación, o la forma escrita, en la transcripción.⁵¹⁷ Frente a dicha postura, otro sector doctrinal pone de relieve que la transcripción no es un acto sustitutorio de la audición de los soportes en el acto de juicio oral cuando las partes lo hubieran solicitado, y sí al revés; es decir, que si están debidamente incorporados a la causa los soportes originales de las intervenciones telefónicas, la posible omisión de su transcripción, *per se*, no puede invalidarlos como prueba; sin embargo, la transcripción sin la

⁵¹³ STS de 31 de octubre de 1994.

⁵¹⁴ STS nº 1032/1999, de 21 de junio.

⁵¹⁵ STS nº 1044/2011, de 11 de octubre.

⁵¹⁶ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 245.

⁵¹⁷ RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 275.

existencia del soporte original en la causa carecería de todo valor probatorio, salvo que dicha transcripción se haya realizado en presencia de fedatario público en el ámbito de sus competencias.⁵¹⁸

Por otra parte, la jurisprudencia ha enumerado determinados requisitos de legalidad ordinaria relativos al protocolo de la incorporación del resultado probatorio al proceso, y que serían los siguientes: la aportación de las cintas; la transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas; el cotejo bajo la fe del secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como de hecho es habitual- a los funcionarios policiales; la disponibilidad de este material para las partes; y, finalmente, la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impide invocar tal falta de audición o lectura posteriormente.⁵¹⁹

Ello ha supuesto que, en la práctica cotidiana, se planteen cuestiones referidas a particularidades probatorias en el momento de las transcripciones que pueden afectar al proceso con todas las garantías así como al derecho de defensa: Una de las más frecuentes es la relativa a que la transcripción y selección de las conversaciones de mayor interés se ha realizado por la autoridad policial, circunstancia que el TS ha resuelto en el sentido de considerarla irrelevante, pues lo fundamental es que las partes hayan tenido acceso a las cintas originales y hayan podido proponer la audición de aquellas que consideraran necesarias para comprobar su tesis.⁵²⁰ En ese sentido, el TS ha llegado a manifestar que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal.⁵²¹ Por consiguiente, no constituye irregularidad alguna que la autoridad policial haya procedido a transcribir los pasajes que considere de mayor interés para poner de relieve al Juez de instrucción el estado de la investigación, siempre que se proceda a la entrega de las cintas originales con la finalidad de permitir a la defensa solicitar su audición en el

⁵¹⁸ MONTERO AROCA, J., "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba", en *Revista Poder Judicial* nº 7, 1983, Madrid, p. 44.

⁵¹⁹ STS nº 77/2007, de 7 de febrero.

⁵²⁰ STS nº 94/2006, de 10 de febrero.

⁵²¹ STS nº 592/2013, de 11 de junio.

plenario, y no sólo con la finalidad de comprobar directamente la coincidencia entre lo transcrito y el contenido exacto de las conversaciones, sino también con el objeto de poder introducir en el plenario cualesquiera otros aspectos de las conversaciones que pudieran resultar de interés para una mejor valoración del referido elemento probatorio.⁵²²

5.3) La declaración de los agentes policiales: prueba testifical.

Las intervenciones telefónicas que contienen los soportes como consecuencia de haber materializado la injerencia pueden ser introducidas en el juicio oral de modo diferente a los analizados hasta ahora. En ese sentido, la audición de dichos soportes en acto de juicio no es el único modo de que lo grabado tenga valor probatorio, sino que puede producirse también a través de las declaraciones de los agentes policiales que han participado materialmente en dichas interceptaciones en el acto de juicio oral. El TS ha señalado que en ese caso nos encontramos ante una prueba testifical de los funcionarios policiales que efectuaron las vigilancias y seguimientos derivados del contenido de las conversaciones intervenidas la cual tiene plena validez probatoria; es decir, que la declaración en acto de juicio de los funcionarios policiales permite explicar al Tribunal que intervinieron en las comunicaciones y oyeron directamente las cintas y después las transcribieron, llegando a la conclusión que las voces grabadas se corresponden con las personas investigadas, basándose en el acostumbramiento a su audición, acento o entonación, teléfono o terminal de la que parten, nombres utilizados para designarse los interlocutores, citas y circunstancias que integran su contenido y que después se confirman con las vigilancias, seguimientos y otras diligencias de investigación.⁵²³

5.4) La identificación de voces: prueba pericial.

La identificación de voz constituye otro medio de prueba: la prueba pericial. Una cuestión de debate que se plantea con cierta habitualidad en los juicios es la de que las defensas de los acusados alegan que las voces obrantes en los soportes al escuchar las grabaciones no son las de sus defendidos. Ello adquiere mayor relevancia cuando además el argumento esgrimido por el acusado para justificar su negativa someterse a la prueba de identidad de voces es que podría implicar una

⁵²² STS nº 14/2008, de 18 de enero.

⁵²³ STS nº 986/2004, de 13 de septiembre.

autoacusación a la que tiene derecho a excusarse, al amparo de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.⁵²⁴ En ese sentido, el TS ha señalado: por una parte, que estamos ante una prueba que por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha, puesto que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física y que, desde el punto de vista de su “agresividad corporal”, se trata de una “acción totalmente banal” a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. Por otra parte, que al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. El TS ha señalado que someter a contraste la voz para comprobar su identidad con la de los soportes no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, sino que se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de "una especial modalidad de pericia" que no vulnera el principio de presunción de inocencia, con el argumento de que si puede parecer evidente que siendo positivo el resultado de la prueba puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco es menos cierto que si este examen tuviera resultado negativo, puede exculpar al acusado.⁵²⁵

A su vez, y si bien es cierto que el órgano de enjuiciamiento debe tener clara la autenticidad de las voces que obran en las grabaciones, su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una prueba pericial o una comparecencia previa de audición.⁵²⁶ Es decir, que para que el tribunal considere como válidas de las escuchas telefónicas no se exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación.⁵²⁷

⁵²⁴ Art. 24.2 CE.

⁵²⁵ STS nº 1332/1997, de 3 de noviembre.

⁵²⁶ STS nº 751/2012, de 28 de septiembre.

⁵²⁷ STS nº 593/2009, de 8 de junio.

De hecho, tras la audición en el acto de juicio de las conversaciones telefónicas grabadas en los soportes, la identificación de la voz como la de los acusados puede ser directamente apreciada por el tribunal en virtud de su propia y personal percepción, así como por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes,⁵²⁸ pues es finalmente el tribunal a quien corresponde la valoración conjunta de los medios de prueba obrantes en el proceso penal,⁵²⁹ para su resolución en sentencia. Por ello, el TS ha señalado que como la constatación de las voces que se escuchan en los soportes puede efectuarse mediante la valoración de otros medios de prueba, por ejemplo, con la prueba testifical de los agentes policiales que participaron en las interceptaciones -antes visto-, o con la percepción directa del tribunal sentenciador en acto de juicio oral al comparar la voz del acusado con la que contienen los soportes, no estamos ante un medio de prueba que constituya una exigencia constitucional.⁵³⁰

En cuanto a la posibilidad de petición por la defensa de una pericial acústica, el TS ha señalado que dicho medio de prueba debe materializarse con la debida antelación, pues difícilmente podrá plantearse la cuestión como tal en acto de juicio, por lo que ha recordado que la parte puede solicitarla en el momento procesal oportuno; es decir, que es la parte la que debe instar su realización, de modo que si no lo hace en su momento, reconoce implícitamente la autenticidad de las voces que obran en los soportes.⁵³¹ Así, la correspondiente prueba pericial para identificación y confirmación de las voces obrantes en los soportes debe ser propuesta y practicada en el momento del proceso adecuado, anterior a la celebración al acto de juicio oral. El TS ha llegado a manifestar que no es exigible, como tal, la celebración de una comparecencia previa al juicio oral con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido previamente objeto de grabación.⁵³²

⁵²⁸ STS nº 1286/2006, de 30 de noviembre.

⁵²⁹ Art. 741 LECrim.

⁵³⁰ STS nº 660/2006, de 6 de junio.

⁵³¹ STS nº 940/2011, de 27 de septiembre.

⁵³² STS nº 537/2008, de 12 de septiembre.

5.5) La valoración probatoria de las intervenciones telefónicas efectuadas en otro proceso penal.

Tal y como se ha analizado, la medida de materialización de la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones -esto es, la intervención telefónica- se erige como un medio de investigación para establecer el delito y las personas responsables del mismo, pero debemos destacar su finalidad esencialmente probatoria, pues pretende la adquisición de fuentes de prueba que posteriormente serán valoradas por el Tribunal sentenciador en el acto de juicio oral; pues bien, con cierta frecuencia, precisamente como consecuencia de una investigación criminal con intervenciones telefónicas, se tiene *notitia criminis* de que se está cometiendo algún otro hecho delictivo que no era objeto de la investigación principal. La eficacia probatoria de datos obtenidos como consecuencia de una intervención telefónica en una investigación en curso y que luego son remitidos a otro juzgado de instrucción para otro proceso penal para su posterior enjuiciamiento y fallo ha sido objeto de controversia, si bien en relación con la inviolabilidad del domicilio y el registro del mismo. En ese sentido, y ante la problemática suscitada, un acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS resolvió la cuestión y señaló que en los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho a la inviolabilidad del domicilio es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad.⁵³³ En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, el TS indica que no puede suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.⁵³⁴

⁵³³ Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS, de 26 de mayo de 2009, que tomó como inspiración la doctrina sentada en la STS nº 503/2008, de 17 de julio.

⁵³⁴ Respecto de la obligatoriedad vinculante de los plenos no jurisdiccionales, cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo?”, Artículo doctrinal de 2 de febrero de 2008, www.criminet.ugr.es, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.

El contenido del acuerdo ha sido recogido en la jurisprudencia, y ha cerrado la puerta a posibles nulidades presuntas, en el sentido de que si bien se reconoce que la prueba de la legitimidad de los medios probatorios con los que pretenda avalarse la pretensión de condena incumbe a la parte acusadora “la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias”.⁵³⁵

Asimismo, el TS ha señalado que “ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio *"in dubio pro reo"*, que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas, pues el principio de presunción de inocencia de los acusados no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos”. Por otra parte, la nueva causa penal no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad constitucional de las restricciones de los derechos fundamentales ordenadas en otro proceso, pronunciándose sobre su validez y eficacia jurídicas, puesto que además se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ahora bien, ello no puede ser obstáculo para que cualquiera de las partes, que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas, pueda instar en la segunda causa -para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia y con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso- las diligencias que considere pertinentes al efecto -como sería, por ejemplo, el testimonio de particulares del otro proceso-.⁵³⁶

6. La LO nº 13/2015, de 5 de octubre, como culminación de las exigencias jurisprudenciales.

La reforma normativa se ha producido como consecuencia de la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica nº 13/2015, de 5 de octubre.⁵³⁷

⁵³⁵ STS nº 605/2010, de 24 de junio.

⁵³⁶ STS nº 6/2010, de 27 de enero.

⁵³⁷ BOE 6 de octubre de 2015.

El propio Preámbulo de la LO -Apartado IV- valora como “meritorio el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito”, si bien introduce una importante reflexión cuando señala que “el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado”, y llegando a señalar el “carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal”, las cuales “hoy por hoy carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable”; es decir, que la propia reforma pretende suplir las carencias existentes en la normativa vigente hasta la misma pues -como hemos analizado- ha sido la creación jurisprudencial de los tribunales la que ha delimitado los requisitos necesarios para la adecuada legalidad de las intervenciones telefónicas en nuestro proceso penal.

En términos generales consideramos que la reforma legal ha colmado las exigencias jurisprudenciales existentes en la materia de forma satisfactoria. En ese sentido, junto a los comentarios ya efectuados en el desarrollo de este Capítulo, destacamos:

a) Desde el punto de vista de los presupuestos para la materialización de la injerencia, frente a la situación de anomia legislativa existente toda vez que la LECrim. no especificaba qué delitos eran susceptibles de investigación mediante la adopción de la medida de intervención telefónica, la reforma ha optado por exigir la concurrencia, no cumulativa, de cualquiera de los tres siguientes requisitos: delitos dolosos castigados con pena con límite máximo superior a los tres años de prisión, es decir, una limitación genérica de carácter cuantitativo, ligada a la gravedad de la pena; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o que se trate de delitos de terrorismo.

b) Nos parece de interés que la reforma haya recogido de modo expreso como requisito los principios rectores indispensables para que durante la instrucción de los procedimientos penales se pueda acordar válidamente la medida de injerencia: la existencia de autorización judicial, la cual debe estar dictada con plena sujeción a los mencionados principios rectores; esto es, especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Por consiguiente, la concurrencia de estos principios debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial

habilitadora, en la cual el juez deberá determinar la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.

c) A su vez, la reforma ha desarrollado una minuciosa regulación del contenido de la solicitud de la autorización judicial, con el objeto de regular adecuadamente tanto los aspectos formales de dicha solicitud, pues el propio legislador reconoce que la práctica forense no era ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales las cuales adolecían de un “laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación” -Apartado IV Preámbulo LO-. Concretamente, deberá contener: la descripción del hecho objeto de investigación; una exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida; los datos de identificación del investigado y, en su caso, los medios de comunicación empleadas que permitan la ejecución de la medida; la extensión de la medida con especificación de su contenido; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la forma de ejecución de la medida; la duración de la misma; y el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, caso de conocerse.

d) Del mismo modo, de la resolución judicial habilitante de la medida de injerencia, ya que el juez la autorizará o denegará, mediante auto motivado, en un plazo máximo de veinticuatro horas, si bien podrá interrumpir dicho plazo si necesita ampliar o aclarar los términos de la solicitud. A su vez, la resolución deberá contener los siguientes extremos: el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida; la identidad de los investigados así como de cualquier otro afectado por la medida; la extensión de la medida; la la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la duración de la misma; la forma y periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados obtenidos; la finalidad perseguida con la medida; así como el sujeto obligado que llevará a cabo la medida.

e) Dentro del contenido de la resolución judicial habilitante, planteaban problemas los denominados “hallazgos casuales” así como el uso de información obtenida en un procedimiento distinto. Tras la reforma, se posibilita claramente que el resultado de la intervención podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal, procediendo -a tal efecto- a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. A su vez, se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y

resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen, y se requerirá autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, y deberá evaluar el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Finalmente, se informará si las diligencias continúan declaradas secretas - a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal-, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.

f) A su vez, las disposiciones comunes que regula el Capítulo IV se extienden, del mismo modo, al resto de cuestiones de forma: el secreto; las reglas generales de duración; la solicitud de prórroga; el control de la medida; la afectación a terceras personas; la utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto; el cese de la medida; así como la destrucción de los registros una vez terminado el procedimiento. No obstant, cada diligencia modulará alguno de estos aspectos y se registrará por las reglas específicas de su propia particularidad.

g) También valoramos positivamente que la reforma haya conferido sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que carecían -hasta ahora- de tratamiento normativo en la ley procesal, pues en relación con la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se regula en el Capítulo V que la autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos a que se refiere el art. 579.1 de la reforma, si bien se suman además a la lista los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o por medio de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

h) Igualmente la cuestión problemática de materialización de la injerencia referida a la identificación del teléfono o terminal a intervenir y de su titular, pues la reforma habilita intervenir aquellos terminales o medios de comunicación que utilice el investigado tanto de forma habitual como ocasionalmente, y se permite autorizar la intervención judicial el acceso al contenido de las comunicaciones, a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a aquellos que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, siempre que participe el sujeto investigado -sea como emisor o receptor-; parece interesante destacar que la norma prevé que también podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para la vida o integridad de la misma.

i) A efectos de controlar la ejecución la medida de injerencia, debe destacarse la reforma en lo referente a la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, que pueda garantizar la información volcada desde el sistema central, con el objeto de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes que son puestos a disposición de la autoridad judicial. Se completa la reforma con un precepto destinado a fijar los términos del acceso de las partes a las grabaciones, así como al borrado y posterior eliminación de las mismas una vez se haya puesto término al procedimiento; ello parece loable, toda vez que se pretende evitar difusión alguna de un material que - por su propio contenido- podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado.

6.1) Aspectos críticos a la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre.

Sin embargo, también consideramos algunos aspectos críticos que no ha abordado de forma adecuada la reforma. En ese sentido, destacamos:

a) La reforma regula la duración de la medida de injerencia, para lo que establece un plazo de tres meses como duración máxima inicial de la intervención -que se computará desde la fecha de autorización judicial-, la cual se podrá prorrogar por períodos sucesivos de idéntica duración -siempre que subsistan las causas que motivaron la misma- estableciendo un plazo máximo de dieciocho meses; en nuestra opinión, y desde la óptica de la proporcionalidad, un plazo máximo de dieciocho meses es a todas luces excesivo, por lo que consideramos que un plazo máximo de doce meses de duración de la medida de injerencia en un derecho fundamental como límite cronológico es suficiente para la investigación, pues dilatar más la duración de la medida de injerencia nos parece una prolongación innecesaria de la interferencia de los poderes públicos en la privacidad de los ciudadanos afectados por la misma.

b) Destacamos positivamente la reforma por la posibilidad de que la prórroga la pueda acordar de oficio la autoridad judicial sin necesidad de que haya una petición por parte del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, si bien la crítica a la misma consiste en que consideramos que esta facultad del juez, recogida con carácter más genérico en la reforma dentro de las “Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas (...)”, se hubiese incluido también en el articulado referente a la solicitud de prórroga de la medida de injerencia, con la inclusión de

una mención a que la misma puede acordarse de oficio por el juez sin necesidad de una solicitud del Ministerio Fiscal o la Policía Judicial.

c) La reforma distingue claramente lo que son las transcripciones de los pasajes de interés respecto de las grabaciones íntegras realizadas, siguiendo unas y otras reglas diversas, con el razonamiento de que es solamente a las grabaciones originales a las que ha de someterse a una rígida garantía de autenticidad, complitud e inalterabilidad, como eventuales futuras fuentes o medios de prueba; en todo caso, la crítica existe en que la solución a los que se define como “transcripción de los pasajes que considere -la Policía Judicial- de interés no parece acertada: de la lectura del precepto y su comparativa con los arts. 588 bis f.1 y 588 ter h., párrafo primero, resulta complejo tomar una posición sobre si el legislador exige realmente una transcripción escrita -en su acepción clásica- de los pasajes de mayor interés para la causa; o si, como sugiere el propio art. 588 ter f., pudiera ser que lo que pretende es que se facilite al juez instructor una copia, en soporte digital distinto al que contenga los originales, de dichas conversaciones de especial interés; dudas que se extienden incluso al art. 588 ter i.1, donde vuelven a diferenciarse copias de las grabaciones originales y de las transcripciones realizadas.

d) La reforma regula expresamente la destrucción de los registros si bien exige un requisito claro: que el procedimiento haya terminado mediante resolución firme. En ese momento, deberá ordenarse el borrado y posterior eliminación de los registros originales que consten en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida, aunque el secretario judicial guardará una copia bajo su custodia. A su vez, se acordará la destrucción de esas copias conservadas -en un plazo de cinco años- en los siguientes casos: desde que la pena se haya ejecutado, cuando el delito o la pena hayan prescrito, cuando se haya decretado el sobreseimiento libre de las actuaciones, o bien cuando haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado; en ese sentido, los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto dicha destrucción de los registros. Este criterio contiene una excepción: la salvedad de que a juicio del Tribunal se considerase precisa la conservación de una copia por algún motivo, que la norma no especifica y consideramos debiera señalar de modo más claro para no incurrir en posibles arbitrariedades.

e) Otra crítica que efectuamos es que se omiten en la reforma aspectos referentes a los medios de prueba, más concretamente a la forma de introducción de los resultados de las intervenciones en el juicio oral.

f) En otro orden de cosas, la reforma continúa utilizando el término “secretario judicial” -a modo de ejemplo, art. 588 bis k., referente a la destrucción de registros, cuando con la modificación de la LO nº 7/2015, de 21 de julio, el Cuerpo de Secretarios Judiciales pasó a denominarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia.

7. Excurso: breve referencia a cuestiones de cooperación jurídica internacional.

La necesidad de investigación de actividades criminales rebasa las fronteras nacionales, por lo que se dan casos en los que es indispensable una eficaz cooperación jurídica de carácter internacional. En ese sentido, dos son los supuestos sobre los cuales debemos hacer mención:

7.1) Procedimientos por investigaciones de autoridades policiales extranjeras.

El primer supuesto al que se hace referencia es el que se plantea cuando una intervención telefónica deriva de una información que ha sido proporcionada por un servicio policial extranjero, el cual no explica el origen de la misma, por lo que se desconoce si dicha información facilitada cumple con las exigencias de legalidad constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones existentes en nuestro país.

En ese sentido, la jurisprudencia ha abordado recientemente esta cuestión y parece haberla resuelto adoptando el criterio de que, en el ámbito de la cooperación penal internacional, en el cual obviamente se juega el enfrentamiento contra los graves riesgos que genera la criminalidad organizada transnacional, y en el que nuestro país tiene asumidas notorias obligaciones adaptadas a un mundo en el que la criminalidad está globalizada -Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, Viena, en fecha de 20 de diciembre de 1988, entre otras-, no pueden imponerse las reglas propias determinadas por problemas legislativos internos a los servicios policiales internacionales. Por este motivo, ha de respetarse el diverso ordenamiento jurídico de cada país, siempre que a su vez el mismo respete las reglas mínimas establecidas por el Tratado de Roma o el de Nueva York. Y es que, del mismo modo

que no es posible ni exigible imponer a otros sistemas judiciales la autorización judicial de las escuchas telefónicas, tampoco lo es imponer a servicios policiales que no trabajan así las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial interna ha establecido para nuestros servicios policiales españoles. El TS justifica su decisión señalando que “las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa; y en segundo lugar, porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, ordinariamente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia. Ha sido la desidia del Legislador, manteniendo indefinidamente incompleta la regulación legal de las intervenciones telefónicas en nuestra obsoleta LECrim., la que ha obligado a la doctrina constitucional a subrogarse en dicha misión, estableciendo requisitos crecientes que puedan superar la inseguridad jurídica derivada de una manifiesta carencia legislativa.”⁵³⁸ Ello tiene como consecuencia que “la exigencia de que el servicio policial español que interesa la escucha proporcione sus fuentes de conocimiento, no implica necesariamente que también deba proporcionar obligatoriamente, con el mismo detalle y en los mismos términos, las fuentes de conocimiento de sus fuentes de conocimiento”. Por ello, “cuando dichas fuentes de conocimiento externo de la solicitud de nuestros servicios policiales procedan de investigaciones legalmente practicadas por servicios policiales extranjeros, se debe consignar en la solicitud, además de las investigaciones internas de corroboración que se hayan podido practicar, la totalidad de los datos que los servicios policiales del país de procedencia hayan proporcionado, cuya fiabilidad debe ser valorada por el propio Juez Instructor en función de diversos aspectos, que podemos resumir del siguiente modo: los datos objetivos existentes y su concreción; los cauces oficiales de recepción y verificación de la información; las posibilidades de confirmación interna de los aspectos periféricos de la investigación; la verosimilitud de la información; y sus propias normas de experiencia, ponderando debidamente en su conjunto los datos e indicios objetivos existentes para valorar si pueden y deben autorizarse las medidas

⁵³⁸ STS nº 635/2012, de 17 de julio, en un asunto en el cual se trabajó con información recibida por la UDYCO procedente del Agregado de Interior de la Embajada de España en Colombia, así como con información de la Agencia de Vigilancia Aduanera procedente de los servicios aduaneros norteamericanos.

necesarias para, por ejemplo, la efectiva desarticulación de la organización que se ha planeado y que se está ejecutando en una operación delictiva internacional”.⁵³⁹

7.2) Las intervenciones en el extranjero.

El TS se ha posicionado en el sentido de afirmar que la prueba internacional obtenida conforme a la norma procesal del país donde fue obtenida no debe ser analizada aplicando el tamiz de su conformidad con la normativa española, pues sostiene que su tarea debe centrarse en “la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador se ha practicado con todas las garantías, así como el cumplimiento de las normas en cuanto a la incorporación a la causa de pruebas practicadas en el extranjero por el cauce de una comisión rogatoria, sin que ello implique que las pruebas obtenidas en el extranjero deban pasar por el tamiz de las normas españolas”;⁵⁴⁰ es decir, que estas diligencias “dependen de las normas y garantías que para la obtención de las pruebas rigen en el país en el que se han obtenido o practicado”.⁵⁴¹

Por consiguiente, del análisis de la doctrina jurisprudencial existente en sede probatoria, pueden establecerse unas premisas básicas que pasamos a relacionar: que la prueba internacional obtenida conforme a la norma procesal del país donde se obtuvo no debe ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; que quedaría abierta la posibilidad de valorar si esas pruebas fueron practicadas conforme a las normas procesales del país de obtención, si bien en este caso corresponde a la parte que efectúa la alegación la prueba de la inobservancia de la norma procesal extranjera y, por tanto, de la ilegalidad y posible nulidad de la prueba; que en el ámbito europeo, el TS ha añadido un criterio general de confianza en las garantías comunes vigentes en el espacio judicial europeo.

Este criterio se apoya en que cuando se procede al análisis de intervenciones obtenidas a través de cooperación internacional, lo fundamental es conocer la norma procesal que rige la ejecución de la diligencia que se solicita. En

⁵³⁹ STS nº 635/2012, de 17 de julio, cuyo razonamiento jurídico encontramos pacíficamente reproducido con posterioridad en otras resoluciones. A modo de ejemplo, STS nº 712/2012, de 26 de septiembre y STS nº 751/2012, de 28 de septiembre.

⁵⁴⁰ STS nº 340/2000, de 3 de marzo, en el cual un ciudadano español fue detenido en Francia.

⁵⁴¹ STS nº 340/2000, de 3 de marzo, en una línea jurisprudencial que se mantiene. A modo de ejemplo, STS nº 1142/2005, de 20 de septiembre.

ese sentido, la regla tradicional imperante en cooperación internacional es la ejecución de las diligencias solicitadas conforme a la norma procesal del país de ejecución *-lex loci-*.⁵⁴²

Ahora bien, debe señalarse que el nuevo art. 4 del Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los países miembros de la UE, Bruselas, en fecha de 29 de Mayo de 2000, introduce la posibilidad de solicitar el respeto a determinadas formalidades de la *lex fori*, al disponer que “en los casos en los que se conceda la asistencia judicial, el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente, salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido”.⁵⁴³

No obstante, aunque la doctrina general es la de declarar que la legalidad de las actuaciones policiales o judiciales que se desarrollan en otros países no debe ser valorada por los tribunales españoles conforme a las normas internas -pues son las leyes vigentes en cada lugar las que deben ser observadas por sus autoridades locales en el cumplimiento de sus funciones- caben algunas matizaciones a esta afirmación, en un doble sentido: por una parte, esta referencia se hace, inicialmente, a países en los que se mantengan de modo efectivo los mismos valores y principios que en España vienen consagrados en nuestra Carta Magna, de forma que las exigencias para la restricción de los derechos de los ciudadanos sean material y sustancialmente similares; por otra parte, el cuestionamiento de esas actuaciones requiere la aportación de un dato objetivo, que sugiera una posible infracción de derechos fundamentales no tolerable por nuestro ordenamiento jurídico.⁵⁴⁴

⁵⁴² El art. 3.1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal del Consejo de Europa, de 20 de Abril de 1959, dispone que “la Parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos”, siendo esta misma regla la que contienen la mayoría de los Convenios bilaterales en materia de asistencia judicial en materia penal (por ejemplo, ver artículo 5.3 del Convenio con EEUU de conformidad con el Acuerdo de Asistencia judicial UE/EEUU que bilateralmente con España se firmó y ratificó el 17 de Diciembre de 2004).

⁵⁴³ En ese sentido, hemos de señalar que se mantiene básicamente el respeto a la *lex loci* en la regulación específica de la intervención de comunicaciones contenida en los arts. 17 a 22.

⁵⁴⁴ STS nº 1099/2005, de 30 de septiembre.

En definitiva, en la perspectiva jurisprudencial se puede afirmar que el examen de la prueba se ha de efectuar conforme a la normativa del país en que fue obtenida; es decir, es criterio que no corresponde a los tribunales españoles controlar, con arreglo a las normas propias, la legalidad de las actuaciones realizadas en otros países, las cuales deben ajustarse a su propio ordenamiento jurídico, así como a las normas del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Sin embargo, no es de recibo la imposibilidad absoluta de cuestionar la validez de esas actuaciones conforme a las normas que las regulan, ni tampoco la posibilidad de negarles valor probatorio conforme al ordenamiento jurídico español. O dicho de otro modo, la validez de las actuaciones realizadas en un país extranjero debe determinarse con arreglo a las normas que las regulan en el mismo y conforme al CEDH, mientras que su valor probatorio dependerá de las reglas propias del ordenamiento español.⁵⁴⁵

⁵⁴⁵ STS nº 503/2008, de 17 de julio.

CAPÍTULO III

LA DECLARACIÓN DE ILICITUD DE LA PRUEBA EN LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y SU ENCAJE EN EL PROCESO PENAL.

1. Delimitación de la cuestión: investigación de la verdad en el proceso penal y su posible colisión con los derechos fundamentales.

1.1) Verdad y prueba ilícita.

La determinación de la legalidad, licitud, alcance y correcto acomodamiento para su posterior valoración de los medios de prueba en el proceso penal no es ni ha sido cuestión pacífica, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, y continúa en la actualidad como uno de los asuntos más debatidos por la doctrina más especializada. Así, lo primero que parece oportuno destacar es que nos encontramos ante una cuestión claramente controvertida pero que a su vez es de notoria relevancia desde cualquier punto de vista, pues si es innegable el papel preponderante que la prueba tiene en cualquier proceso judicial -penal, civil, contenciosos-administrativo o laboral-, del mismo modo consideramos evidente que la misma alcanza sin duda alguna mayor trascendencia en un proceso de jurisdicción penal, por las posibles penas privativas de libertad que puede conllevar su admisión, práctica y validez en un procedimiento que termine en una sentencia condenatoria. Así, la importancia que esta cuestión tiene en sede de procedimientos penales con intervenciones telefónicas como medio de investigación y de prueba hace necesario su análisis.

Una primera cuestión a destacar es el hecho de que en el ámbito de la prueba debemos tener por superados viejos axiomas que ponían el acento absoluto en la ejecución de la prueba en el acto del juicio oral, elevando prácticamente dicho principio a la categoría de dogma. La concentración de la prueba en dicho acto es consecuencia directa de un modelo que se asienta en la prueba personal, en las declaraciones y percepciones de imputados, testigos y peritos, es decir, en personas cuya deposición inmediata ante el órgano juzgador y sentenciador es imprescindible para la completa formación de una correcta convicción,⁵⁴⁶ ya que son muy limitados los problemas de irrepitibilidad que pudieran surgir en estos casos y que se

⁵⁴⁶ ASENCIO MELLADO, J. M^a, “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”, www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf, Artículo Doctrinal, mayo 2011, p. 1.

circunscriben a aquellos en los que por motivos de salud -físicos o psíquicos-, y en combinación con la obligada previsibilidad del Estado, el sujeto no puede comparecer al acto de juicio, quedando cerrada la discusión en este sentido de conformidad con lo que las diversas legislaciones ya prevén para dichas situaciones.

Ahora bien, cuando este tipo de pruebas “personales” se ven sustituidas por otro tipo de actos materiales de carácter técnico y meramente reproducibles en el juicio a través de mecanismos, también técnicos, o cuando el grado de participación de un imputado deja de depender de una declaración subjetiva, sino que depende -por ejemplo, de una escucha telefónica-, el modo de entender la práctica de la prueba debe ceder ante unos nuevos principios que regulen de modo apropiado esta nueva realidad, ciñéndose a nuevos esquemas que regulen de forma satisfactoria las peculiares características de esta forma de investigación. Y ello porque nos encontramos ante pruebas que se materializan siempre en fase de investigación, por lo cual el órgano judicial sentenciador poco o más bien nada puede aportar en su ejecución, de modo que la inmediación pierde valor y en las cuales el principio de contradicción pasa a ser un requisito que queda del todo relegado a un segundo plano -por no decir anulado-, toda vez que no se puede verificar en el momento de llevarse a cabo la diligencia, sino en todo caso posteriormente y ciñéndose no tanto al contenido del propio acto, sino a su fiabilidad o completud.

Por ello, la discusión teórica de la prueba ilícita es, con toda probabilidad, una de las cuestiones de mayor complejidad que se ha desarrollado en el terreno de la dogmática procesal, el cual que permite establecer un debate muy enriquecedor dada la importante incidencia que la cuestión tiene en el ámbito del derecho constitucional, y de modo más concreto en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, parece incuestionable que la materia ha entrado claramente en el análisis de la doctrina constitucionalista, por la existencia de claras connotaciones constitucionales junto a la mencionada doctrina procesalista. Pues bien, aunque sea un tema tan esencial, lo cierto es que la cuestión no ha sido del todo resuelta por los tribunales de forma plenamente satisfactoria ni uniforme, lo cual hemos de reconocer es tarea ciertamente compleja.

Si efectuamos una precisión terminológica inicial con carácter general, la doctrina ha señalado que la “prueba” no es sino aquella actividad llevada a cabo por cualquiera de las partes intervinientes en un proceso, encaminada a demostrar o acreditar ciertos hechos o bien a lograr la convicción psicológica del Juez sobre los mismos, llevada a cabo mediante un procedimiento reglado que ha de someterse a

las pautas de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, igualdad y contradicción, y con sujeción siempre -en el proceso penal-, al necesario respeto a los derechos del imputado bajo el prisma del principio de presunción de inocencia, el cual impone siempre la carga probatoria a las partes acusadoras,⁵⁴⁷ de lo que se desprende que “en el proceso penal, todos, menos el acusado, deben probarlo todo”.⁵⁴⁸

Y es que el fin último de la Justicia no es, ni puede ser, un fin incondicionado respecto del cual no existan limitaciones; por consiguiente, existen límites o fronteras que no pueden sobrepasarse, sobre la base de que encontramos otros intereses dignos de tutela jurídica con notoria relevancia y que son dignos de protección por parte de jueces y magistrados; es decir, que el hallazgo y plasmación de esa denominada verdad material no puede ser lograda de cualquier modo ni a cualquier precio, toda vez que, en el proceso penal, la verdad hay que buscarla por vías formalizadas, que son precisamente las que van a impedir que se estimen como probados determinados hechos en cuyo proceso de acreditación se hayan vulnerado derechos sustantivos que son objeto de especial protección, cuando se hayan infringido normas esenciales del proceso o cuando se haya atentado contra los principios constitucionales que las impregnan.⁵⁴⁹ Así, la doctrina ha señalado que, en la actualidad la meta del proceso penal es la obtención formalizada de la verdad, que puede coincidir o no con la real o material, pero que es, sobre todo, la obtenida por vía formal, es decir, la denominada verdad forense.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ NAVAJAS RAMOS, L., “La prueba videográfica en el proceso penal”, Artículo Doctrinal en *Revista “Eguzkilore”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº 12*, San Sebastián, 1998, p. 148.

⁵⁴⁸ PALACIOS LUQUE, D., “Introducción a la prueba en el proceso penal”, Planes provinciales y territoriales de formación, *Consejo General del Poder Judicial, Volumen II*, Madrid, 1992, p. 1113, quien señala en sede de la finalidad del proceso penal, mediante la actividad probatoria, se trataría de “desentrañar aquellos aspectos oscuros de la controversia desdeñando los hechos no admitidos o notorios, aclarar las posiciones procesales, descubrir la verdad real, aunque en multitud de ocasiones quede relegada a la verdad legal, en definitiva, formar un estado de conciencia en el juzgador frente a la resolución que habrá de dictar”.

⁵⁴⁹ JORGE BARREIRO, A., “La prueba ilícita en el proceso penal”, Planes provinciales y territoriales de formación, *Consejo General del Poder Judicial, Volumen II*, Madrid, 1992, p. 1224.

⁵⁵⁰ DE URBANO CASTRILLO, E., *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 33, cita a CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1982, y HASSEMER, W., *Fundamentos de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

Como sabemos, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas penales de carácter inquisitivo, en los cuales la actividad probatoria recae directamente sobre el Juez, en el denominado sistema acusatorio mixto, dicha actividad probatoria ha de instarse y llevarse a cabo por las partes intervinientes en el proceso.⁵⁵¹

Y es que a lo largo de la historia hemos sido testigos de regímenes y sistemas en los que en el proceso penal primaba la búsqueda de la verdad a toda costa, con utilización incluso de métodos más que inquisitivos para su conocimiento, en ocasiones con absoluto desprecio de la dignidad y los derechos humanos. Ahora bien, el *ius puniendi* o derecho de castigar, viene configurado en el Estado democrático y social de Derecho como una potestad exclusiva de naturaleza pública, y de titularidad estatal, cuyo origen es el derecho de defensa, el cual corresponde primariamente a la persona y secundariamente a la sociedad, para de ese modo repeler las agresiones ilegítimas contra las reglas elementales de la convivencia y obtener las reparaciones adecuadas (manifestaciones de autoayudas).⁵⁵² Esta potestad se manifiesta en el plano legislativo, de acuerdo con unos criterios idóneos de política criminal, en normas que establezcan delitos destinados a la protección de los bienes jurídicos que efectivamente merezcan tal conceptualización.

Por tanto, podemos señalar que -en el ámbito del proceso penal-, la ilicitud de una prueba presupone la existencia de una tensión entre dos intereses jurídicos contrapuestos, si bien susceptibles de protección constitucional: por una parte, la

⁵⁵¹ Este es precisamente el sistema que rige en nuestro sistema procesal penal, pues el art. 728 de la LECrim. no permite practicar otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas, si bien no se puede dejar de hacer mención de la excepcionalidad que se contiene en algún otro artículo del mismo cuerpo legal para que la autoridad judicial conserve cierto poder de iniciativa en este terreno, pues el art. 729 de la LECrim. permite los careos entre testigos, o con los procesados o entre éstos, que el Presidente del Tribunal puede acordar de oficio, o las diligencias de prueba no propuestas por las partes pero que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de los hechos objeto de los escritos de calificación, o incluso las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles. En cualquier caso, podemos manifestar que esta iniciativa vendría siempre mediatizada por la previa actividad de las partes intervinientes; por su interés, Cfr. ARMENTA DEU, T., *Sistemas Procesales Penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁵⁵² GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ., V., *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 31, quien señala a continuación que “la exclusividad de esta potestad cede en los casos de imposibilidad de su ejercicio, tanto en un sentido jurídico (legitimidad de la defensa propia en los casos autorizados...), como en un sentido sociológico, ya que la experiencia demuestra que el aumento de la inseguridad ciudadana, como consecuencia de un mal ejercicio de aquella potestad, origina la reaparición de los medios privados de defensa y de las policías privadas”.

búsqueda de la verdad material a través del proceso, en el cual el Estado ejerce el *ius puniendi* para castigar a los ciudadanos que incumplan la ley, correspondiéndose este interés jurídico en la Justicia con otros principios o intereses sociales como pueden ser el mantenimiento del orden social, la confianza de la sociedad en la administración de justicia, etc.; por otra parte, nos encontramos con los derechos y libertades individuales que en el Estado de Derecho son y deben ser un límite a la actuación de los poderes públicos, y más desde la perspectiva de que la prueba ilícita es un auténtico exponente del principio de legalidad penal, puesto que al margen de que nadie pueda ser condenado sino por delito previamente recogido por ley -recordemos previa, escrita y estricta-, así como la pena prevista para ello, debe respetarse la legalidad del procedimiento y haberse practicado medios de prueba legales, obtenidos y valorados con las debidas garantías para que la presunción de inocencia pueda ser enervada de forma oportuna.⁵⁵³

En nuestro país, una de las cuestiones que ha suscitado mayor problemática desde la óptica procesal penal, tras la instauración de nuestro sistema democrático, ha sido cómo se podían acomodar algunas viejas leyes procesales al nuevo régimen de principios y garantías que vienen establecidos en la CE de 1978. Y es que la LECrim. española data de 1882 -al margen de sus posteriores reformas- y, si bien en el momento de su aprobación y entrada en vigor supuso un notable cambio de perspectiva en el terreno del enjuiciamiento penal y habida cuenta de que ha sufrido importantes e innumerables reformas, la doctrina ha señalado que la conciliación de la CE y la LECrim. se hace especialmente necesaria en materia probatoria,⁵⁵⁴ un terreno esencial pues en pocos ámbitos como el del derecho penal se hace tan evidente la necesidad de establecer garantías ciudadanas contra las facultades de investigación atribuidas a los poderes públicos. Por consiguiente -y como no puede ser de otro modo-, si bien anteriormente se imponía el interés público de búsqueda de la verdad material en el proceso, el reconocimiento constitucional de

⁵⁵³ DELGADO DEL RINCON, L.E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, *Artículo Doctrinal*, www.dialnet.uniroja.es/servlet/extaut?codigo=83469, 2012, p. 2.

⁵⁵⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “El proceso penal español y la prueba ilícita”, *Revista de Derecho Volumen XVIII- nº 2*, Valdivia (Chile), Diciembre 2005, p. 188, quien manifiesta que “Aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecía originariamente una extensa -y en algunos puntos, minuciosa – regulación de la actividad de prueba, tanto en la fase preliminar como en la de juicio oral, sus postulados quedaban al cabo del tiempo desfasados en ciertos campos, tanto por desconocer los modernos medios e instrumentos técnicos auxiliares de la investigación penal, que han sobrevenido a lo largo de su vigencia, como por su falta de puesta al día a las más modernas líneas doctrinales sobre garantías en materia probatoria y, en concreto, en lo que se refiere a las garantías de licitud de la prueba.”

determinados derechos y libertades para los ciudadanos, exige que no pueda procederse a la obtención de la verdad material en el proceso a cualquier precio.⁵⁵⁵ Por tanto, el estudio de la prueba en el proceso penal adquiere notoria importancia y el tratamiento procesal de la misma es, a todas luces, ineludible, pues es en sede de ámbito probatorio uno de los pocos terrenos en donde se materializa con tanta claridad la naturaleza garantista de proceso jurisdiccional; por consiguiente, en la obtención de la prueba, además de no vulnerar directa o indirectamente los derechos fundamentales, resulta necesario cumplir toda la normativa procesal de desarrollo del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la CE, toda vez que las normas procesales que rigen la realización de los medios de prueba son normas de garantía; a sensu contrario, abordar la cuestión de otro modo supondría lesionar los valores y derechos de la Carta Magna, ya que como indicó el TC en una de sus primeras resoluciones, la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba "... que haya llegado con las debidas garantías al proceso".⁵⁵⁶

1.2) Prueba ilícita y derechos fundamentales.

En ese sentido, por prueba legítimamente obtenida no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple con las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria.⁵⁵⁷ Esta consideración no puede llevar a identificar el tema de la prueba prohibida con la eliminación del valor probatorio derivado de práctica defectuosa o irregular de una prueba o de una diligencia de investigación, ya que, como apunta una parte importante de la doctrina, se trata de cuestiones distintas.⁵⁵⁸

Así, la problemática se centra en que el interés general en la persecución penal de los delitos no puede anteponerse, sin más, al interés individual de la protección de los derechos fundamentales del individuo, puesto que esa protección es, en sí misma, un interés de una comunidad constituida en un verdadero Estado

⁵⁵⁵ ATS de fecha 18 de junio de 1992.

⁵⁵⁶ STC nº 55/1982, de 26 de julio, FJ 2º, Ponente Excmo. Sr. Magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra.

⁵⁵⁷ En el mismo sentido las STS de 12 de mayo y 12 de septiembre de 1986 y STS de 24 de febrero de 1990.

⁵⁵⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Tribunales de Justicia*, agosto-septiembre, 2003, p.1.

de Derecho.⁵⁵⁹ Los aspectos -tanto teóricos como prácticos- de los medios de prueba revisten en el proceso penal una importancia fundamental, en cuanto determinan las condiciones que permiten aportar al proceso aquellas pruebas que, a su vez, permiten al juzgador llegar al convencimiento de lo que está siendo sometido a su enjuiciamiento, llegándose a afirmar que si alguien tiene la razón y no la puede probar es como si no la tuviera.⁵⁶⁰

En definitiva, nos encontramos ante una auténtica encrucijada en sede de valoración probatoria que nos debe llevar a elegir entre dos intereses contrapuestos: de un lado, el respeto a los derechos individuales fundamentales y, por otra parte, el de la Justicia en la perspectiva del principio de búsqueda de la verdad material. Así, aunque prueba ilícita es aquella que contraviene el ordenamiento jurídico, el concepto de ilicitud probatoria sobre el que trabajaremos aquí con mayor énfasis quedará restringido a los casos en los que existe una vulneración de los derechos fundamentales o, dicho de modo, más concreto, al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En ese sentido, la consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental en la obtención o práctica de las escuchas telefónicas es su imposibilidad de valoración judicial al tratarse de una prueba ilícita.⁵⁶¹ Por consiguiente, tal y como ha señalado la doctrina, la licitud de la prueba es un límite al derecho fundamental a la prueba, por lo que la ilicitud de dicha prueba escapa al ámbito de protección de este derecho fundamental.⁵⁶²

Por tanto, partimos de la base de que el propósito de un proceso penal es el castigo de quien comete un delito. Ahora bien, para que el resultado del juicio sea la condena del culpable y la absolución del inocente, todos los actos deben ser legales y lícitos para que el acusado haya sido juzgado con todas las garantías, pues superadas antiguas concepciones, llevadas a la práctica durante siglos, y que propiciaban la búsqueda de la verdad a toda costa, la investigación de la verdad en

⁵⁵⁹ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 245 y ss.

⁵⁶⁰ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, op. cit. p. 236.

⁵⁶¹ PLANCHAT TERUEL, J.M., "Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento", en *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Estudios sobre prueba penal, Volumen I, La Ley, Madrid, 2010, pp. 87 y ss.

⁵⁶² PICÓ I JUNOY, J., en ABEL LLUCH, X., RICHARD GONZÁLEZ, M., *Estudios sobre prueba penal, Volumen III*, La Ley, Madrid, 2013, p. 157; PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 181.

el actual proceso penal no es un valor absoluto sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho.

La doctrina ha destacado que esa finalidad -que en el proceso penal se persigue con la actividad probatoria-, es formar la íntima convicción del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación del autor, con todas sus circunstancias, tal y como aconteció en la realidad histórica anterior al proceso;⁵⁶³ es decir, la búsqueda y fijación de la verdad material.

La jurisprudencia ha señalado que la clave explicativa de este aproximativo enfoque viene dado porque en cada caso hay que ponderar los intereses implicados, que son intereses contrapuestos: el interés público de la Justicia en la búsqueda de la verdad procesal, junto con el interés de respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos, que no pueden ni deben ser sacrificados, pues si bien “el interés particular puede ceder ante la primera exigencia (la de la obtención de la verdad), no cuando se trate de derechos fundamentales, que traen su causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la existencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.⁵⁶⁴

Tal y como ha señalado el TC, no existen derechos fundamentales de carácter absoluto y todos pueden sufrir restricciones -de mayor o menor entidad-, a condición de que se lleven a cabo dichas restricciones con determinados requisitos.⁵⁶⁵ De hecho, el propio TC se ha referido a la doble dimensión de los derechos fundamentales, configurándolos como derechos subjetivos de los ciudadanos y elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.⁵⁶⁶ Así, si bien los derechos fundamentales actúan como salvaguarda de los ciudadanos frente al Poder del Estado, ello no es sinónimo de que sean invulnerables, en el sentido de que pueden verse limitados como consecuencia de una investigación criminal, siempre que se respete su contenido esencial y con arreglo a determinados requisitos que permiten o legitiman que se produzca una

⁵⁶³ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1996, pp. 371 y ss.

⁵⁶⁴ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

⁵⁶⁵ ATC nº 103/1982, de 3 de marzo, FJ 1º.

⁵⁶⁶ STC nº 25/1981, de 14 de julio, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Antonio Truyol Serra.

válida restricción en dichos derechos fundamentales, y más concretamente en el derecho al secreto de las comunicaciones que aquí nos interesa.

En ese sentido, la doctrina -en términos muy similares a los que ha desarrollado la jurisprudencia- ha señalado como imprescindibles una serie de requisitos para que se pueda llevar a cabo la mencionada restricción de derechos fundamentales, y que serían los siguientes:⁵⁶⁷

a) Principio de legalidad, en el sentido de que habrá de estarse siempre a la regulación constitucional de cada derecho fundamental para poder determinar hasta qué punto y en qué medida la exigencia del desarrollo legislativo debe cumplirse para proceder a la restricción del derecho.⁵⁶⁸ Sin embargo, como bien apunta algún sector doctrinal,⁵⁶⁹ en nuestro sistema existen algunos derechos fundamentales que por su propia formulación constitucional parecen de imposible restricción, dejando claro que no por el derecho en sí mismo, sino por su ya restrictiva formulación, tal y como ocurre, por ejemplo, con algunos de los derechos recogidos en el art. 17.3 de la CE, como son el deber de informar al detenido de sus derechos, así como especialmente el derecho del detenido a no declarar. A su vez, en nuestro país es pacífica la doctrina jurisprudencial constitucional que sostiene que cualquier limitación de derechos fundamentales exige la preexistencia de una norma, con rango de ley orgánica -tal y como prescribe el art. 81 CE-, que habilite dicha restricción de tal modo que dicha previsión legal que reúna las características de accesibilidad y previsibilidad tendentes a evitar cualquier desprotección de los ciudadanos frente al Estado.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ DÍAZ CABIALE, J. A., "La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal", *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Premio Poder Judicial año 1992, Madrid, pp. 132 y ss.

⁵⁶⁸ Como hemos visto a lo largo de este trabajo, en realidad a este requisito se refiere el art. 8.2 del CEDH al requerir expresamente que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar "prevista por la Ley", lo cual exige, como hemos visto en las STEDH de 2 de agosto de 1984 y 4 de abril de 1990 (*casos Malone vs. Reino Unido y Huvig y Kruslin vs. Francia*), que el ordenamiento jurídico interno de cada país autorice expresamente a la Autoridad Judicial para disponer tales actos de prueba.

⁵⁶⁹ NAVAJAS RAMOS, L., "La prueba videográfica en el proceso penal", Artículo Doctrinal en *Revista "Eguzkilore"*, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología nº 12*, San Sebastián, 1998, p. 150.

⁵⁷⁰ En ese sentido se manifiestan las STC nº 86/1995, de 6 de junio, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra y nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, entre otras. Para mayor desarrollo de esta cuestión, ver ASENSIO MELLADO, J.Mª, "Los derechos contemplados en el art. 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de fecha 4 de noviembre de 1950", en *"Seminario*

Por tanto, es necesaria una habilitación legal para la restricción de los derechos fundamentales; en este sentido, es importante dejar claro que la jurisprudencia no posee el carácter de norma habilitante a estos efectos, toda vez que no constituye una fuente del derecho susceptible de crear normas que puedan justificar constitucionalmente la restricción de derechos -a diferencia de la jurisprudencia en los sistemas de derecho anglosajón, donde alcanza rango legal; pero no en los sistemas de derecho continental en los cuales las sentencia se limitan a aplicar la ley a un caso concreto, limitándose al supuesto fáctico-, ni puede avalar todo aquello que la ley expresamente no permite. Corolario de lo anterior es que si no existe una norma que posibilite una restricción, los juzgados y tribunales no pueden excepcionar o restringir un derecho en ningún caso.⁵⁷¹

b) Autorización judicial, es decir, que la injerencia y restricción del derecho al secreto de las comunicaciones requiere la indiscutible existencia previa de una resolución judicial, que posea un carácter objetivo que impida investigaciones indiscriminadas, la cual la debemos entender establecida como sistema de control de esa limitación de los derechos fundamentales, así como expresión del ejercicio de la potestad jurisdiccional que, como sabemos, pertenece en exclusiva a juzgados y tribunales, de conformidad con el art. 117.3 de la CE.

Así, no es que la jurisdicción ostente la última palabra, sino también la primera, y su actuación debe llevarse a cabo siempre mediante resolución

sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Comunidad Valenciana Consejería Bienestar Social, Valencia, 1998, pp. 139 y ss.

⁵⁷¹ En este sentido se pronuncia la STC nº 184/2003, de 23 de octubre, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde, la cual se remite a lo manifestado a la STC nº 49/1999, de 5 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, cuando señala: “... por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”. Y prosigue: “esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber; de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas”; “Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la “ley” en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales.”

debidamente motivada,⁵⁷² que ha de incorporar un juicio valorativo acerca de la necesidad de la injerencia,⁵⁷³ así como de su oportunidad. La resolución ha de adoptarse en el curso de un procedimiento penal en el cual existan indicios racionales de criminalidad respecto a la investigación de un delito de una determinada entidad, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, es decir, de un delito grave, que justifique sin duda alguna la restricción.⁵⁷⁴

c) Principio de proporcionalidad, en virtud del cual es obligado ponderar en cada caso concreto los intereses en juego, de tal forma que sólo deberá recurrirse a la restricción del derecho fundamental cuando no quepa otro medio de investigación que evite la grave lesión de los derechos del individuo, lo que obviamente conlleva la prohibición de un exceso injustificado en la ejecución de dicha restricción del derecho. El juicio ponderativo aludido debe permitir un control posterior, ya que por la propia naturaleza de la injerencia el derecho de defensa no puede ejercitarse durante la intromisión en el derecho fundamental que se está ejecutando; así, la preservación de este principio tiene, en sede del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, una extraordinaria importancia. Por tanto, si partimos de la base de que la “presunción de inocencia” es la piedra angular respecto a la cual se construye un modelo de proceso penal, en concreto el proceso penal de corte liberal, en el que esencialmente se pretende establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva del Estado,⁵⁷⁵ de conformidad con una reiterada jurisprudencia del TC, dicha presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada con una mínima actividad probatoria, practicada con todas las garantías, y que racionalmente pueda calificarse de cargo.⁵⁷⁶

⁵⁷² STC nº 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral; STC nº 14/1991, de 28 de enero, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Francisco Rubio Llorente.

⁵⁷³ La injerencia deberá ser del todo idónea, necesaria e imprescindible, es decir, que no se pueda prescindir de la misma, no bastando con que dicha injerencia sea meramente útil. En este sentido se pronuncia la STC nº 14/2001, de 29 de enero, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Julio Diego González Campos.

⁵⁷⁴ STS de 6 de abril de 1994.

⁵⁷⁵ CEDEÑO HERNÁN, M., *Cuadernos de Derecho Público nº 10*, Madrid, mayo-agosto 2000, p. 203.

⁵⁷⁶ En este sentido se manifiesta la STC nº 126/2000, de 16 de mayo, FJ 12º, Ponente Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, entre otras.

Respecto a esas limitaciones de los derechos fundamentales y a su relación con la verdad y la prueba ilícita, es obligado referirse al ATS de fecha 18 de junio de 1992, dictado en el conocido como “*Caso Naseiro*”. Dos razones avalan recurrir a este auto ahora: por una parte, el hecho de que la cuestión de fondo planteada fuese precisamente la licitud de una intervención telefónica; por otra, que el propio TEDH le haya puesto como modelo de las exigencias de una intervención telefónica respetuosa con los derechos fundamentales. En él, tras recordar la idea de que “no se puede obtener la verdad real a cualquier precio”, se afirma que sólo resulta lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales.

En concreto, se indica la importancia del respeto a la dignidad e intimidad de la persona humana permitiendo las intromisiones en la vida privada que, en principio, son legítimas, sólo si existe el obligado correlato o proporcionalidad entre el derecho afectado y la intromisión efectuada. Y se señalan como exigencias o requisitos para estas restricciones, que son contempladas como excepciones al principio general expuesto, ante todo la motivación de la medida e igualmente, que exista proporcionalidad en la misma. A su vez, sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica -ése era el caso analizado- y sólo por el tiempo indispensable. Este planteamiento se justifica porque “los derechos fundamentales, y el derecho a la intimidad lo es, son derechos de mayor valor (STC nº 66/1985, de 23 de mayo). La intimidad es, probablemente, el último y más importante reducto, con el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad de la persona humana, de las mugens y de los hombres todos”.

2. La prueba ilícita.

2.1) Precisiones terminológicas.

Con inusitada frecuencia son utilizados de forma indistinta vocablos cuyas diferencias terminológicas implican de modo expreso verdaderas divergencias conceptuales. Es el caso de la prueba prohibida o prohibiciones probatorias,⁵⁷⁷ la

⁵⁷⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M. en “La Prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo 2010, p. 132, sostiene que dicho término fue acuñado por ERNST VON BELING en su conocida obra *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* (Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal), si bien recuerda que esta expresión tiene también detractores incluso en la doctrina alemana, en la línea de lo expuesto por PASTOR

prueba ilícita o ilícitamente obtenida, la prueba nula, la prueba ilegal o ilegalmente obtenida, y se ha llegado incluso al extremo del calificativo de prueba clandestina.⁵⁷⁸

La doctrina ha distinguido entre prueba irregular, prueba ilícita y prueba prohibida.⁵⁷⁹ La prueba irregular es la que se ha generado contraviniendo las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica; la prueba ilícita es la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; y la prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, es decir, aquella que no puede ser traída al proceso puesto que deriva de otra prueba producida con vulneración de derechos fundamentales.⁵⁸⁰ A su vez, respecto a la problemática de la prueba prohibida, se ha expuesto la tesis de que en este ámbito hay tres grandes opiniones: por una parte, que sólo puede hablarse de tal cuando la prueba se consiguió vulnerando los derechos fundamentales recogidos en la Sección I del Capítulo II, del Título I de la CE; por otra parte, que en todo caso de infracción de las normas procesales hay una violación de los arts. 24.2 y 14 de la CE y, por tanto, existe prueba prohibida; y finalmente, que no en todos los casos de infracción de un derecho fundamental cabe hablar de prueba prohibida sino que debe ponderarse la trascendencia de la infracción teniendo en cuenta los intereses en conflicto.⁵⁸¹

BORGOÑÓN, B., en "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Revista Justicia* nº 2, Madrid, 1986, p. 338, nota 1; GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 133, nota 26, señala que el término "prueba prohibida" es una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea dichos términos siempre en plural y se refiere siempre a "prohibiciones" de prueba, dado que existen varios supuestos y no uno sólo, si bien el autor reconoce ser un nombre cómodo y gráfico para designar los supuestos en que la prueba es inadmisibles, es decir, no se puede practicar, o en los que sus resultados no pueden tener aplicación ni ser aprovechados en el proceso.

⁵⁷⁸ BERNAL CUELLAR, J., en "Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal", *Revista Universitaria de Derecho Procesal, UNED, nº 4 especial*, Madrid, 1990, pp. 396 y 397, efectúa distinción entre la prueba ilícita y la prueba clandestina, implicando lo ilícito una conducta no permitida por la ley, mientras que clandestino es comportamiento oculto o en términos generales opuesto a lo realizado públicamente.

⁵⁷⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 82 y ss., considera el término prueba prohibida el más adecuado, toda vez que es más general y abarca todos los supuestos. A su vez, sostiene que toda infracción de las normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, ya que implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

⁵⁸⁰ Tal y como las define RIVES SEVA, A.P., "Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita", *Artículo doctrinal*, www.noticiasjuridicas.com, Diciembre 2010. Fecha última consulta 24 de marzo de 2017.

⁵⁸¹ DE URBANO CASTRILLO, E. cita en *La Prueba Ilícita Penal*, Aranzadi, Pamplona, Octubre 2010, p. 34, a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Derecho Penal*, Colex, Madrid, 1990.

En nuestra opinión -y en la línea de lo manifestado por parte de la doctrina-, se debe establecer *ab initio* la diferencia entre el principio de legalidad de la prueba y el principio de licitud de la prueba.⁵⁸² En ese sentido, el principio de legalidad de la prueba tiene como significado que los elementos probatorios deben ser obtenidos e incorporados al proceso de conformidad con los principios y normas que estén previstos en la normativa, en la ley; y, por su parte, el principio de licitud de la prueba supone que todo medio de prueba debe ser obtenido y practicarse con absoluto respeto a los derechos fundamentales. De este modo, sentadas las bases de dichos principios, parece que la cuestión permite diferenciar conceptualmente dos categorías: prueba ilícita y prueba irregular, lo cual pasamos a exponer a continuación, teniendo ambas -como es lógico- significado y alcance distintos. Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, delimitamos el concepto de prueba ilícita como aquella que ha sido obtenida o practicada vulnerando derechos fundamentales;⁵⁸³ por contra, la prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.

Esta diferenciación de carácter conceptual entre la prueba ilícita y la irregular es -a todas luces- importante, pues tiene enorme repercusión en el proceso penal y sus consecuencias, ya que tanto la regla de exclusión probatoria así como su eficacia refleja y su reconocimiento -que abordaremos de modo detallado algo más adelante-, son predicables única y exclusivamente de la prueba ilícita y no de la prueba irregular, la cual quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, por lo que en determinados casos podría admitirse su subsanación o su convalidación; por consiguiente, podemos hablar de toda una categoría jurídica al hablar de la denominación de la prueba ilícita, cuyo origen encontramos en la obtención de medios de prueba con vulneración de derechos fundamentales, y cuyo fundamento es la preservación del contenido esencial de cada derecho fundamental que se vea afectado por una injerencia ilegítima, precisamente por la posición de carácter preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁸² MIRANDA ESTRAMPES, M. en “La Prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo 2010, p. 132.

⁵⁸³ En cualquier caso, consideramos acertado el enfoque dado por PÉREZ DEL VALLE, C., *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 60 y 61, en el sentido de que la prueba ilícita implica una posición del sujeto mediante una protección real de sus intereses básicos ante la posibilidad de decisiones de preferencia arbitraria a favor del interés del Estado.

2.2) La regla de exclusión probatoria: fundamento y modelos teóricos explicativos.

En los modelos penales de corte inquisitivo, de conformidad con la teoría de las dualidades de verdades procesales -verdad material y verdad formal-, la invocación de la verdad material había servido precisamente como justificación de la admisibilidad y validez de la denominada prueba ilícita; es decir, lo que se defendía era que todo aquello que pudiera ser utilizado a nivel probatorio para el descubrimiento de la verdad, podía ser utilizado por el juez sin ningún tipo de cortapisa para que pudiese formar su convicción fáctica. En ese contexto inquisitivo, el descubrimiento de la verdad material con fin justificaba y daba cobertura a la utilización de medios de prueba al margen de cómo hubiese sido su modo de obtención. El fin justificaba los medios y además venía invocándose como “razón de refuerzo” el principio de libre valoración judicial de la prueba en su formulación histórica de la íntima convicción. Ahora bien, parece evidente que dicha formulación de “maquiavelismo probatorio” debe ser entendida como incompatible con el Estado de derecho y su consiguiente reconocimiento constitucional de derechos fundamentales.

A la vista de dicha reflexión, la doctrina ha señalado que se han incorporado de modo progresivo a los diversos ordenamientos jurídicos de corte acusatorio una regla de exclusión probatoria de conformidad con la cual no se reconocen efectos a las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.⁵⁸⁴

Parece pacífico sostener que la regla de exclusión del proceso de las pruebas ilícitas está cada vez más universalizada, si bien analizar su fundamento parece relevante a efectos de determinar su naturaleza, alcance y efectos. En este sentido, el análisis de su fundamento puede llevarse a cabo desde dos modelos

⁵⁸⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M., “La Prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo 2010, p. 133, recuerda la clásica cita del principio proclamado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en su sentencia de fecha 14 de junio de 1960 (BGHS 14, 358, 365), al establecer que “no hay principio alguno del ordenamiento procesal penal que imponga la investigación de la verdad a cualquier precio”, así como el apunte doctrinal de WALTER, G., *Libre apreciación de la prueba*, Temis, Bogotá, 1985, p. 315 y ss, de que “la libertad de apreciación probatoria no es equivalente a libertad de utilización”. A su vez, de conformidad con lo expuesto por GÖSSEL, K-H., *En la búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, Porrúa, México, 2002, p. 77, en un Estado de derecho el interés legítimo a un proceso penal plenamente eficaz encuentra su límite en el interés y en la garantía de los derechos individuales de los ciudadanos. Por consiguiente, la prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado.

teóricos distintos: por una parte, el modelo norteamericano, cuyo sistema procesal-penal viene caracterizado por una “desconstitucionalización” de la regla de exclusión (*exclusionary rule*), estableciendo la Corte Suprema Federal norteamericana que su único y verdadero fundamento era el efecto disuasorio respecto de las fuerzas policiales para que no llevaran a cabo actividades de investigación de carácter ilícito (*deterrent effect*);⁵⁸⁵ es decir, que en la línea de lo manifestado por algún sector doctrinal de nuestro país, son razones de índole pragmático las que fundamentan en el modelo norteamericano la *exclusionary rule* con el claro objetivo de evitar conductas policiales ilícitas en la obtención de pruebas;⁵⁸⁶ por otra parte, el modelo europeo-continental, el cual además de reconocer no sólo un componente ético o moral en la regla de exclusión de la prueba ilícita, reconoce además que existe un claro componente de carácter constitucional, tal y como hemos visto anteriormente. Desde ese punto de vista, la existencia de una funcionalización de todos los servicios públicos al servicio de la garantía de los derechos fundamentales, lo cual no deja de ser el propio reconocimiento del Estado de derecho, así como la consagración constitucional de los mismos, sería el verdadero fundamento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas.⁵⁸⁷

Desde la óptica científica, la doctrina alemana dominante distingue entre prohibiciones de producción de pruebas (*Beweiserhebungsverbote*) y prohibiciones de utilización de pruebas (*Beweisverwertungsverbote*). Las primeras se regulan o son limitadas en su obtención; mientras que las segundas se refieren al uso judicial de las pruebas que ya fueron obtenidas. De ello se desprende una evidente colisión entre las prohibiciones de pruebas y el principio de investigación, toda vez que las prohibiciones de producción probatoria limitan la actividad de las autoridades de investigación penal en el esclarecimiento de los delitos, del mismo modo que las

⁵⁸⁵ Ciertamente clarificadora de dicho efecto disuasorio parece la sentencia del caso *US vs. Janis* (428 Us 433, 1976), en donde se pone de manifiesto que el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas, añadiendo que la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha Enmienda a través de un efecto disuasorio (de violación de la misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada.

⁵⁸⁶ FIDALGO GALLARDO, C., “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, *Revista Tribunales de Justicia* n^o 5, Madrid, mayo 2003, p. 28.

⁵⁸⁷ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 537 y ss.

prohibiciones de utilización de pruebas impiden que los tribunales realicen una valoración de conjunto sobre el material probatorio recopilado.⁵⁸⁸

La cuestión que se plantea surge cuando a la citada colisión se une la falta de prohibición escrita de utilización de pruebas. En dichos casos, resulta necesario encontrar un criterio para resolver los mencionados conflictos entre los intereses estatales de persecución penal y de averiguación de la verdad, por una parte, y la protección de los derechos individuales, por otra. Para resolver esta tensión, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha acudido a dos teorías principales: la “teoría del ámbito o círculo de derechos” (*Rechtskreistheorie*)-en función del grado de afectación en el ámbito de protección de los derechos de la personalidad, garantizados en el art. 2.1 en relación con la dignidad de la persona humana reconocida en el art. 1.1, ambos de la Ley Fundamental de Bonn-⁵⁸⁹ y la “teoría de la ponderación”.

Por una parte, la primera de las teorías reconoce un núcleo o ámbito esencial de protección jurídica de la esfera privada -privacidad personal- inmune a cualquier injerencia de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*. A su vez, en la segunda esfera de protección la admisibilidad de las intervenciones estatales dependerá de una ponderación, con observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, entre el derecho a la privacidad y los intereses públicos que, en el ámbito del *ius puniendi*, son los intereses de una administración de justicia penal funcional; esto ha llevado a que la jurisprudencia alemana maneje en este ámbito unos criterios entre los cuales adquiere particular relevancia el de la gravedad del delito objeto de investigación. En último lugar, en la tercera esfera las

⁵⁸⁸ AMBOS, K., *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, en *Prueba y Proceso Penal*, AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 325 y ss., donde el autor manifiesta que esta tensión existente entre ambos fines conduce a complejas decisiones de ponderación que en términos de la teoría de los fines de la pena (en sentido funcionalista) permite hablar de una doble función estabilizadora de la norma, pues el Estado no sólo debe estabilizar las normas jurídico penales a través de una persecución penal efectiva, sino también los derechos fundamentales de los imputados aplicando prohibiciones de utilización de pruebas en caso de violaciones de derechos del individuo, llegando a hablar de una cierta función de control disciplinario de las autoridades de persecución penal en sentido de prevención general negativa.

⁵⁸⁹ Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, art. 2.1: “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional ni el orden moral.”; art. 1.1: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

intervenciones estatales se vendrían admitiendo de forma ilimitada al no existir realmente una afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁵⁹⁰

La jurisprudencia de nuestro país se situó en la línea del primer modelo justificativo: La STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, dictada con anterioridad al actual art. 11.1 LOPJ, es de enorme trascendencia toda vez que configuró en sus orígenes la regla de exclusión como una garantía procesal de naturaleza constitucional íntimamente ligada con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Según dicha sentencia, la interdicción de la admisión de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales derivaba directamente de la CE, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes (arts. 24.2 y 14 CE). Por consiguiente, su fundamento se entronca directamente con la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en su condición de inviolables.⁵⁹¹ Como se anunció con anterioridad, más adelante se efectuará un análisis más detallado de dicha sentencia.

Por otra parte, con arreglo a la teoría de la ponderación –de aplicación mayoritaria en la actualidad, como veremos más adelante- los intereses a ponderar se concretan teniendo en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal, correspondiendo al juzgador esa ponderación, el cual debe decidir en el juicio si la infracción procesal es subsanable o ha de entender existente una prohibición de utilización no escrita,⁵⁹² siendo elementos para tal enjuiciamiento la existencia de una infracción legal de especial gravedad -desde el punto de vista de

⁵⁹⁰ No podemos dejar de mencionar que esta delimitación en esferas o círculos de protección ha conllevado importantes dificultades en lo que a su aplicación práctica se refiere, especialmente en lo referente a lo que debe entenderse como núcleo intangible o simple ámbito privado, a la vista de estudio jurisprudencial de la diversa casuística alemana, tal y como ponen de manifiesto ROXIN, C., *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 145 y ss; así como JÄGER, C., *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*, Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, pp. 93 y ss.

⁵⁹¹ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

⁵⁹² ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 51, donde la autora también incluye la “doctrina del fin de protección de la norma” (*Shutzzwecklhere*), la cual cuestiona si el sentido y el fin de una disposición procesal infringida demandan expresamente una prohibición de utilización, lo que supone de entrada la existencia de una norma prohibiendo la producción probatoria, de la que quepa inferir un fin de protección; y considera a esta “teoría de la ponderación” como de aplicación mayoritaria en la actualidad, y con arreglo a la cual los intereses a ponderar se concretan teniendo en cuenta la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal, lo cual corresponderá al juez de instancia.

los derechos humanos- o si la infracción se manifiesta como un actuar calculado o consciente de las disposiciones procesales.⁵⁹³

3. La prueba ilícita en el Derecho español: análisis del artículo 11.1 LOPJ.

3.1) Regulación y antecedentes.

La primera norma y de mayor importancia, referente a la regulación y tratamiento de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico español, es la que se contiene en el art. 11.1 de la LOPJ,⁵⁹⁴ que señala, pues parece menester reproducir aquí el tenor literal del precepto: “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.” Dicha disposición es de una enorme trascendencia para la regulación de los aspectos de carácter organizativo de la Administración de Justicia en nuestro país⁵⁹⁵ y que sustituyó a otra antigua norma de nuestro Derecho, en concreto a la Ley del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870, así como a la posterior Ley adicional a la misma de 14 de Octubre de 1882; de hecho, parece fundamental destacar que el artículo 11.1 de la LOPJ carece de precedentes en el Derecho Constitucional o infraconstitucional español.⁵⁹⁶

⁵⁹³ AMBOS, K., *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, en *Prueba y Proceso Penal*, AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 327.

⁵⁹⁴ LO nº 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, publicada en BOE nº 157, de 2 de julio de 1985.

⁵⁹⁵ Art. 122.1 CE.

⁵⁹⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “El proceso penal español y la prueba ilícita”, *Revista de Derecho Volumen XVIII nº 2*, Valdivia, Chile, Diciembre 2005, p. 190, quien considera apreciable, en todo caso, una propuesta de regulación de la prueba ilícita en un Anteproyecto de Reforma de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, debido a los profesores españoles de Derecho procesal, cuyo título rezaba “Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 549, párrafo 1º, decía lo siguiente: “El tribunal no admitirá los medios de prueba que se hayan obtenido por la parte que los proponga o por terceros empleando procedimientos que a juicio del mismo se deban considerar reprobables según la moral o atentatorios contra la dignidad de la persona”. Estamos de acuerdo con dicha postura, en la línea apuntada por el autor, toda vez que especificaba con mayor claridad que el art. 11.1 de la LOPJ el tratamiento procesal adecuado para los medios de prueba obtenidos de forma ilícita (“el tribunal no admitirá los medios de prueba”) y, a su vez, establecía también un requisito subjetivo (que se hubieran obtenido “por la parte que los proponga o por terceros”), a diferencia del art. 11.1 que comentamos. En cualquier caso, no podemos obviar que dicha propuesta, que finalmente no vio la luz, adolecía del inconveniente de estar referida tan sólo al ámbito procesal civil, si bien tampoco se puede negar que la propia condición de la LEC como norma procesal general y subsidiariamente aplicable al resto de órdenes

Haciendo hincapié brevemente en el hilo histórico de su aprobación, lo cierto es que el redactado final de este artículo no era el de la versión del proyecto de Ley Orgánica que en su día se registró en nuestro Parlamento. En dicha versión, la normativa se limitaba a exigir que se respetase la buena fe procesal en todo tipo de procedimientos. Una enmienda del Grupo Parlamentario Popular (Enmienda nº 952) incorporó un inciso referido a la ineficacia de las pruebas que hubiesen sido obtenidas en forma ilícita,⁵⁹⁷ que fue el texto propuesto que fue aprobado por el pleno de la Cámara, si bien hubo una última enmienda del Grupo Socialista, en aquel entonces mayoritario, el cual propuso una redacción alternativa que finalmente sería la que quedó incorporada al texto publicado en su día en el BOE.

En nuestra opinión, la incorporación de este precepto al ordenamiento jurídico español debe valorarse, *ab initio*, como algo positivo, especialmente por dos motivos: por una parte, supuso la introducción de un criterio legal que permite u otorga facultades al Juez para tomar la decisión de qué hacer con los medios de prueba existentes en el proceso -en este caso penal- que han sido obtenidos de forma ilícita y, en la línea de lo manifestado por parte de la doctrina, reduce la incidencia de la decisión del juez sobre la licitud de los medios de prueba a los términos marcados por el legislador;⁵⁹⁸ por otra parte, dicha incorporación supuso otorgar carta legal a una cuestión hasta entonces huérfana de disposición explícita; en realidad, nuestro ordenamiento jurídico adolecía de cierto vacío legal hasta la aprobación y entrada en vigor de la LOPJ -en 1985-, y el Derecho procesal español carecía de una regulación o régimen general respecto de la nulidad de los actos procesales.⁵⁹⁹ Esta circunstancia tenía como consecuencia más inmediata que se aplicasen normas que específicamente establecieran la nulidad, como un efecto directamente derivado del acto defectuoso, respecto de determinadas actuaciones del proceso, o bien con carácter subsidiario el régimen existente sobre nulidad del Derecho común, correspondiente al CC, lo cual se efectuaba por vía de

jurisdiccionales, en caso de defecto de regulación, lógicamente implicaba un ámbito de eficacia superior al estrictamente procesal civil.

⁵⁹⁷ En concreto, con el siguiente tenor: “No surtirán efecto, en ninguna clase de procesos, los medios de prueba obtenidos, directa o indirectamente, de modo contrario a la ética o al Derecho”.

⁵⁹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “El proceso penal español y la prueba ilícita”, *Revista de Derecho Volumen XVIII nº 2*, Valdivia, Chile, Diciembre 2005, p. 190.

⁵⁹⁹ Con anterioridad únicamente existía el régimen previsto en los arts. 742 y ss. de la LEC, que era de aplicación supletoria, pero que no olvidemos fue derogado de conformidad con la reforma urgente de la Ley nº 34/1984, de 6 de agosto.

interpretación.⁶⁰⁰ Cuando la LOPJ reguló la materia, se inspiró en el modelo fijado por la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958⁶⁰¹ sobre nulidad de los actos administrativos -en lugar del modelo mencionado con anterioridad- del Código Civil.

Ello supuso que el vacío legislativo existente en la LECrim. provocase un desigual tratamiento por parte de los órganos jurisdiccionales. En efecto, sin el correspondiente soporte legal, hicieron en multitud de ocasiones una “interpretación forzada” del art. 659, párrafo 1º de la Ley Adjetiva para dictaminar la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida⁶⁰² -pues el precepto no establecía criterio expreso en caso de prueba ilícitamente obtenida- y restringiendo la inadmisibilidad de los medios de prueba a los casos de impertinencia.

3.2) Posible fundamento constitucional.

El hecho de que el precepto a que nos referimos se encuentre recogido en una norma de desarrollo de la Carta Magna podría permitir argumentar en favor de

⁶⁰⁰ Dicha aplicación subsidiaria correspondía al Código Civil, si bien ello plantea la problemática cuestión de que el mismo no contenía una regulación específica de la nulidad de los actos jurídicos ni de los negocios, sino de forma genérica la nulidad de los contratos -ver en este sentido artículos 1300 a 1314-, salvo determinadas disposiciones relacionadas con la nulidad de determinadas disposiciones testamentarias o de la nulidad del matrimonio civil así como de alguna otra norma dispersa por su articulado, lo cual parece difícilmente trasladable al ámbito del proceso. Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “El proceso penal español y la prueba ilícita”, *Revista de Derecho Volumen XVIII nº 2*, Valdivia, Chile, Diciembre 2005, p. 199.

⁶⁰¹ Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, la cual recordemos fue derogada por la Ley nº 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, si bien algunos artículos conservan su vigencia, aunque con rango reglamentario, de conformidad con la disposición derogatoria única de dicha disposición.

⁶⁰² Art. 659.1 LECrim: “Devuelta que sea la causa por el Ponente, el Tribunal examinará las pruebas propuestas, e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás”. Recordemos que la Ley nº 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ha dado nueva redacción al párrafo quinto y ha introducido el párrafo sexto y séptimo del precepto. Ahora bien, para el asunto que estamos tratando, parece oportuno señalar que el propio TC ya puso de manifiesto que el juicio sobre la pertinencia de la prueba corresponde a los órganos judiciales (competentes), de tal forma que dicho Tribunal sólo puede revisar la valoración si la decisión denegatoria de la prueba aparece carente de todo fundamento o su fundamentación de motivación es incongruente, arbitraria o irrazonable (STC nº 66/1992, de 29 de abril, FJ 1º, Ponente Magistrado D. Jesús Leguina Villa); y ya con anterioridad señalaba que la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal. Así, al amparo dicho artículo y con el beneplácito del TC, si bien sin regulación expresa en la LECrim., muchos jueces inadmitían pruebas, según su criterio, ilícitamente obtenidas.

su fundamento constitucional. Ahora bien, nos inclinamos por sostener que en realidad no es así, pues lo cierto es que nuestro texto constitucional no reconoce de modo expreso una interdicción de la prueba ilícitamente obtenida ni, de igual modo, un derecho general a la prueba legal o lícita, a diferencia de otros textos constitucionales centro y sudamericanos.⁶⁰³

A su vez, esta circunstancia es una constante no sólo en nuestra Carta Magna actual, sino que se ha venido produciendo a lo largo de la historia en otras Constituciones de nuestro país, en las cuales no encontramos referencias en el sentido que manifestamos, o bien al menos de modo genérico.⁶⁰⁴ De hecho, en materia probatoria el mayor reconocimiento que se efectúa es el derecho fundamental a que se practiquen los medios de prueba “pertinentes”,⁶⁰⁵ lo cual sólo nos puede llevar a manifestar que no se reconoce una genérica interdicción de la prueba ilícita, si bien es cierto que de modo más específico y concreto se recogen prohibiciones de actuaciones contrarias a determinados derechos fundamentales, que en todo caso podemos denominar “accesorias” al proceso penal en sentido estricto, como pueden ser la entrada y registro del domicilio sin autorización del propietario o del juez -salvo en caso de delito flagrante-, recogida en el art. 18.2 CE, o bien la intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas sin la debida autorización judicial, recogida en el art. 18.3 CE, como se ha visto.

Por consiguiente, la siguiente cuestión a abordar es clara: delimitar el concepto de “pertinente”. Desde el punto de vista etimológico, pertinente es “perteneciente o correspondiente a algo”,⁶⁰⁶ pero desde el punto de vista procesal

⁶⁰³ A modo de ejemplo, citamos el art. 24.14 de la Constitución de la República de Ecuador, la cual amplía la ilicitud a las pruebas practicadas en contra de la ley; el art. 24 de la Constitución de la República de Guatemala, con específica referencia a la infracción de la inviolabilidad de la correspondencia, libros o registros; así como el art. 17.9 de la Constitución de la República del Paraguay, el cual sienta el principio en virtud del cual se prohíbe la utilización en juicio de toda prueba ilícitamente obtenida.

⁶⁰⁴ Ahora bien, de modo particular o concreto sí se observan algunas disposiciones que recogen algunas referencias como, por ejemplo, la prohibición del allanamiento del domicilio (salvo en casos previstos por la ley), en el artículo 306 de la Constitución de 1812, artículo 7 de la Constitución de 1837 y de la de 1845, artículo 5 de la Constitución de 1869, artículo 6 de la Constitución de 1876 y artículo 31 de la Constitución de 1831, o bien de la inviolabilidad tanto de la correspondencia como de las comunicaciones, en el artículo 7 de la Constitución de 1869 y en el artículo 23 de la Constitución de 1931.

⁶⁰⁵ Tal y como prescribe el artículo 24.2 CE.

⁶⁰⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 1740, si bien también recoge ya la posibilidad de que pertinente sea “conducente o concerniente al pleito”.

que ahora nos interesa, el adjetivo se aplica a aquellos medios probatorios que son hábiles para la acreditación de los hechos controvertidos por tener relación con, o como objeto, los hechos mismos sobre los que versa el proceso.⁶⁰⁷ De conformidad con este planteamiento, la licitud o ilicitud de la fuente de prueba en principio nada tiene que ver con la relación material de dicha prueba con los hechos que se discuten y que son objeto de la prueba en sí misma; o, dicho de otro modo, ni la licitud de la fuente predetermina la pertinencia de la prueba ni la ilicitud de la misma desvinculan al medio probatorio de los hechos fundamentales del proceso, esto es, lo hace impertinente.⁶⁰⁸ A su vez, el derecho a la presunción de inocencia - igualmente reconocido entre el elenco de derechos que vienen enumerados dentro del art. 24.2 de la CE- tampoco parece convencer como fundamento de la exigencia de la prueba obtenida por medios lícitos.

El principio de presunción de inocencia⁶⁰⁹ representa una de las características más representativas del Derecho procesal penal liberal y del actual modelo del debido proceso,⁶¹⁰ y no es sino una garantía del acusado de acuerdo con la cual sólo podrá ser condenado en el proceso penal en virtud de la práctica de una actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuarla, quedando a su vez eximido de tener que probar su inocencia, toda vez que la carga de la prueba corresponde a las acusaciones, si la doctrina ha señalado que el TEDH configura el derecho a la presunción de inocencia con un contenido muy restrictivo.⁶¹¹

⁶⁰⁷ GARCÍA MORILLO, J., AAVV, *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tecnos, Valencia, 2003, p. 364.

⁶⁰⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., "El proceso penal español y la prueba ilícita", op. cit, p. 192, quien se posiciona en el sentido de que el entronque de la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida con el derecho fundamental a practicar medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) se antoja ciertamente forzado, habida cuenta de que supone o implica una interpretación "alambicada" de un concepto asentado en la dogmática jurídico-procesal, como es el de la pertinencia de la prueba.

⁶⁰⁹ Proclamado como derecho fundamental en el art. 24.2 CE (párrafo 1º in fine), así como también en el art. 6.2 de la CEDH, en donde se establece que "toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida". No es momento para extenderse mucho más sobre el mismo, si bien parece importante recordar que este principio o presunción *iuris tantum* ha sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia del TC español, siendo, junto al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el alegado con mayor frecuencia ante dicho Tribunal.

⁶¹⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., "Politische Korruption und Strafverfahren", ZStW 111, 1999, pp. 716 y ss.

⁶¹¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal, Madrid, 1991, pp. 105 y ss., donde el autor dice que para el TEDH el derecho a la presunción de inocencia sólo resulta infringido cuando el Tribunal o alguno de sus miembros entra

En relación al tema que nos ocupa, es evidente que para desvirtuar la presunción de inocencia la suficiencia de la prueba requiere que la obtención de la misma se haya producido por medios lícitos, pues de otro modo no puede surtir efectos dentro del proceso; ahora bien, en ese sentido ello no debe conducir sin más a entender que el fundamento de las restricciones a los medios de obtención de pruebas sea precisamente ese derecho a la presunción de inocencia pues, tal y como ha señalado el TC, dicho canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías.⁶¹²

Inicialmente, parece que la cuestión puede abordarse desde dos puntos de vista: por un lado, en términos generales diríase que debe hacerse desde la perspectiva del derecho al proceso público con todas las garantías⁶¹³ que recoge el art. 24.2 de la CE; pero, por otro lado, desde el derecho a la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales, recogido en este caso en el art. 24.1. De este modo, se ha entendido por el TEDH, que ha considerado la valoración de pruebas ilícitamente obtenidas como contrarias a la idea del proceso justo.⁶¹⁴ La interpretación que se da

en el juicio con una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado y, en definitiva, cuando al acusado se le trata como presunto culpable antes de juzgarle.

⁶¹² El TC se ha manifestado en el sentido de que la presunción de inocencia, como derecho a ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse en canon de validez de las pruebas: STC nº 81/1998, de 2 de abril, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

⁶¹³ En este sentido se pronuncia la STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, a la que por su interés en la materia dedicaremos a continuación un epígrafe o tratamiento particularizado, por ser la primera que trata este asunto, si bien parece menester señalar aquí que en su FJ 5º señala que: "Puede sostenerse la inadmisibilidad en el proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, pero ello no basta para apreciar la relevancia constitucional del problema, a no ser que se aprecie una ligazón entre la posible ignorancia jurisdiccional de tal principio y un derecho o libertad de los que resultan amparables en vía constitucional. Si tal afectación de un derecho fundamental no se produce (y no cabe, según se dijo, entender que el derecho violado por la recepción jurisdiccional de la prueba es el que ya lo fue extraprocesalmente con ocasión de la obtención de ésta) habrá que concluir en que la cuestión carece de trascendencia constitucional a efectos del proceso de amparo. Tal afectación se da, sin embargo, y consiste, precisamente, en que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias al proceso (art. 24.2 de la CE)..."; en idéntico sentido, un año más tarde, la STC nº 107 /1985, de 7 de octubre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Francisco Rubio Llorente.

⁶¹⁴ STEDH *caso Schenk vs. Suiza*, de 12 de julio de 1988, en el cual el Tribunal debía pronunciarse sobre la admisibilidad o no en un proceso penal de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria según el Estado suizo demandado, y para resolver la cuestión se utilizó un criterio de "análisis global" con el objeto de evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal, precisando que no se puede "excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente" porque sólo "le corresponde averiguar si el proceso" considerado "en su conjunto fue un proceso justo".

al CEDH tampoco reconoce que la interdicción de la prueba ilícita se produzca al amparo de su art. 6.2 -que toda persona acusada de una infracción penal se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada; es decir, en un proceso en el cual se respeten todas las garantías procesales, entre las cuales cabe integrar la prueba obtenida sin violación de derechos fundamentales- sino al del derecho a un proceso equitativo. No obstante, el posicionamiento del TEDH en esta cuestión y en el asunto aludido (*caso Schenk vs. Suiza*, de 12 de julio de 1988) merece -cuando menos-, ser cuestionado, toda vez que condicionar la estimación de un recurso por vulneración de este derecho al resultado dañoso que de facto el hecho denunciado haya producido no parece de recibo, pues como ya ha apuntado algún sector doctrinal, la infracción es infracción al margen o con independencia del resultado que a través de ella se produzca.⁶¹⁵

En conclusión, tal y como ha señalado la doctrina, parece que el deber de práctica de prueba por medios lícitos se manifiesta como una garantía procesal articulada sobre los derechos fundamentales más que ante un derecho fundamental en sí mismo; o, dicho de otro modo, ante una garantía de la tutela judicial efectiva que puede llegar a ser derecho fundamental, de conformidad a las críticas vertidas en este sentido por parte de la doctrina.⁶¹⁶

3.3) La conducta prohibida.

Tal y como se desprende del tenor literal del art. 11.1 LOPJ -como se ha visto con anterioridad-, la conducta que queda prohibida es “la obtención de medios probatorios violentando, directa o indirectamente, derechos fundamentales.” En consecuencia, el primer aspecto destacable es el carácter restrictivo de la norma.⁶¹⁷ En ese sentido, tal y como ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal, la *ratio* de dicha restricción parece estar en que, de conformidad con el equilibrio en la ponderación de derechos, ya que la prueba es una actividad inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva, y está reconocido en la CE de modo expreso el derecho

⁶¹⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 193.

⁶¹⁶ VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 38 y 39.

⁶¹⁷ De hecho, mucho más que el redactado propuesto por el Grupo Popular en su enmienda 952, anteriormente mencionada, que recordemos se refirió a la obtención del medio probatorio de modo “contrario a la ética o al Derecho”.

fundamental a que se practiquen los medios de prueba pertinentes, la prueba solamente puede sufrir algún tipo de restricción por infracción de derechos de idéntica calidad, esto es, de derechos fundamentales.⁶¹⁸

3.3.1) Obtención de medios de prueba y lesión de derechos fundamentales.

Por consiguiente, conforme al precepto, que parece evidente que ha estado influenciado por la doctrina jurisprudencial emanada de la anteriormente mencionada STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, a la cual se dedicará la atención posteriormente, las fuentes de prueba obtenidas con violación de otros derechos, sin la relevancia constitucional de derecho fundamental, no pueden ser privadas de eficacia probatoria.⁶¹⁹ Ahora bien, llegados a este momento de la cuestión, parece oportuno efectuar la diferenciación entre la prueba “ilícita” de la prueba que podemos denominar “ilegal”.

Dentro de la denominada prueba “ilícita” tiene cabida la prueba viciada *ab origine*, puesto que lo es también la fuente de la prueba; es decir, que la ilicitud del medio probatorio depende de un hecho anterior -o incluso coetáneo- al proceso, por lo que se encuentra fuera del mismo, o bien en el proceso pero siempre en un momento claramente diferenciado de la fase probatoria. Y es que la prueba ilícita opera en el momento de la obtención de las fuentes de prueba, por lo que no puede ser considerada como equivalente a otro tipo de infracciones que se producen en el momento de admisión de los distintos medios probatorios. En este sentido, la prueba ilícita no es una mera prohibición probatoria, toda vez que ello supondría confundir la fuente con el medio.

Por el contrario, el concepto de la denominada prueba “ilegal” quedaría acotado a aquella actividad probatoria practicada violentando las normas procesales que la regulan, es decir, que la ilegalidad del medio probatorio se ciñe a una correspondencia con la infracción de las normas procesales que regulan la proposición de la prueba, su práctica o la valoración de la misma en sede del proceso. De conformidad con esta exposición, la regulación que establece el art.

⁶¹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “*El proceso penal español y la prueba ilícita*”, op. cit., p. 196, quien apunta la posibilidad de la paradójica circunstancia de que, de conformidad con esta limitación, es sostenible mantener que sería válida la prueba obtenida violentando el derecho a la propiedad, pues el mismo no viene enumerado en la Constitución española dentro del elenco de derechos fundamentales y libertades públicas, sino en su artículo 33.

⁶¹⁹ En este sentido, BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional: El proceso penal*, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 300-301.

11.1 de la LOPJ quedaría encuadrado en el primero de los supuestos; esto es, en sede de prueba “ilícita” y, por el contrario, respecto del segundo supuesto -prueba “ilegal”-, habrá de estarse a lo establecido en las concretas y particulares regulaciones procesales, así como a la entidad de la infracción que puntualmente se plantee aplicando, en su caso, las reglas generales sobre nulidad.

Y es que de conformidad con el régimen expuesto, una prueba puede ser considerada ilícita -al serlo sin duda alguna su fuente de obtención- aunque sea legal, pues la misma puede haber sido incorporada al proceso y practicada de conformidad con las normas procesales e, igualmente, una prueba con fuente lícita puede ser considerada con posterioridad de ilegal por entender que ha existido una infracción de alguna o algunas normas procesales sobre su práctica y valoración.⁶²⁰ Por consiguiente, desde el punto de vista del art. 11.1 de la LOPJ -en base a la delimitación anterior-, parece pacífico que los supuestos de obtención de pruebas de forma ilícita en el proceso penal español se refieren a diligencias de investigación que implican una intromisión en derechos fundamentales recogidos en nuestro texto constitucional, a saber: la entrada y registro en domicilio privado -art. 18.2 CE-, la observación o intervención de las comunicaciones postales, telefónicas o telegráficas -art. 18.3 CE- y, de modo más genérico, aquellas diligencias de investigación que infrinjan la integridad, física o psíquica, del sujeto de la prueba que vienen protegidas por el art. 15 de la CE.

3.3.2) La referencia a la obtención “directa” e “indirecta”.

El art. 11.1 de la LOPJ se completa con la mención de la prueba que se ha obtenido “directa o indirectamente”. La primera reflexión que nos sugiere el redactado de la norma es que la prohibición se extiende a los medios de prueba que han sido practicados por medios lícitos, si bien a consecuencia de hechos que han sido acreditados a partir de pruebas cuya fuente vulnera derechos fundamentales; de este modo, podemos afirmar que el artículo extiende su prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita, sino también a aquellas cuya ilicitud deriva de la fuente indirecta.

⁶²⁰ La STC nº 64/1986, de 21 de mayo, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, señaló que la garantía se refiere únicamente a la ilicitud en la obtención de la fuente de prueba y no en la que se produce durante su práctica o valoración, al explicar que el principio de presunción de inocencia queda destruido desde el momento en el que se realizan pruebas de cargo legalmente válidas, sin que a dicho Tribunal le sea posible, en principio, entrar a examinar y decidir el mayor o menor acierto en la apreciación de tales pruebas de cargo, pues ello es materia de la competencia de Jueces y Tribunales.

En realidad, se trata de la introducción en el derecho español de la corriente doctrinal norteamericana del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisoned tree doctrine*),⁶²¹ en virtud de la cual la licitud de la prueba afecta tanto a la prueba directa como a la prueba indirecta o refleja; es decir, que la violación de un derecho o libertad fundamental en la obtención de una prueba concreta determina la ineficacia no sólo de esa prueba ilícita, sino también de aquellas otras que han sido descubiertas por los resultados obtenidos de la prueba ilícita inicial.

Aunque se ha de ver con detalle posteriormente, se puede avanzar que en nuestro país los posibles efectos de la ilicitud no son los mismos según nos encontremos ante prueba directa o prueba refleja, y que la doctrina constitucional de nuestro país ha introducido determinadas matizaciones al efecto general de ineficacia de las pruebas obtenidas indirectamente por medios lícitos.⁶²²

No podemos terminar esta apartado sin dejar de hacer mención de que el art. 11.1 de la LOPJ -a propósito de la conducta prohibida que estamos analizando-, no recoge cuáles deben ser las condiciones subjetivas determinantes de la ilicitud; por consiguiente, parece indiferente de conformidad con los términos del precepto, que el responsable de la ilicitud sea un particular o una autoridad pública, el hecho de que sea la parte a quién beneficia la prueba u otra persona, o que sea un acusador o el propio imputado.

Una parte de la doctrina no ha escatimado críticas ante dicha circunstancia, pues si bien se reconoce que la solución es, ciertamente, la que otorga mayores garantías, se señala que podría conducir a efectos injustos, por lo que se apunta la posibilidad de introducir algún tipo de regla correctora que atendiera precisamente a quién es el sujeto responsable de la conducta ilícita, antes de determinar *ipso iure* la ineficacia procesal de las pruebas que del mismo se deriven.⁶²³

⁶²¹ Sentencia norteamericana *caso Silverthorne Lumber Co. vs. 251 United States. 385 (1920)*

⁶²² Respecto de la incidencia de esta teoría en nuestro Derecho y estas denominaciones VELASCO NÚÑEZ, E., "Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: correcciones actuales y tendencias de futuro", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, pp. 524 a 463.

⁶²³ DE LA OLIVA SANTOS, A., "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Revista Tribunales de Justicia* n^o 8, agosto-septiembre 2003, p.10, así como GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., "El proceso penal español y la prueba ilícita", op. cit., p. 198. En este orden de cosas, tampoco ha faltado quien sostiene que aquí debiera operar el principio *pro reo*, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, en aquellos casos en que la prueba ilícitamente obtenida beneficie la posición procesal del acusado, sea él el responsable de la vulneración del derecho fundamental, o

4. Efectos de la prueba ilícita.

4.1) Prohibición de admisión y valoración.

Llegados a este punto de la cuestión -pues como estamos viendo la correcta delimitación del concepto de prueba ilícita y su adecuado encaje en el proceso se proyecta claramente sobre las consecuencias de dicha ilicitud-, debemos pasar a analizar los efectos que tiene la vulneración de los derechos fundamentales en la obtención de la fuente de la prueba; es decir, su eficacia o ineficacia procesal unida a la ilicitud previa.

En ese sentido, de conformidad con la expresión recogida en el tenor literal del art. 11.1 de la LOPJ, el cual establece también los efectos en el proceso de aquellos medios probatorios que hayan sido obtenidos con vulneración de derechos fundamentales, tales pruebas “no surtirán efecto”. Ello nos conduce a señalar que, en principio, nos encontramos ante el efecto propio de la nulidad de pleno derecho o absoluta; es decir, de una nulidad que debe ser entendida como fenómeno de ineficacia ligado a la antijuricidad que se produce *ex tunc*, desde el momento en que se produjo la vulneración del derecho fundamental afectado y no desde el momento en que posteriormente se produce la declaración de la misma.⁶²⁴ Por consiguiente, la ineficacia propia de la nulidad, una vez que se haya declarado, no sólo deja de desplegar cualquier efecto a partir del acto declarado nulo sino que, además, elimina los efectos que se hayan podido producir hasta la declaración de nulidad, por lo que dicho medio probatorio no puede ni debe ser utilizado en el procedimiento. Queda,

bien sea un tercero, pues “se trataría de la aplicación del principio de proporcionalidad desde la óptica del derecho de defensa, también constitucionalmente garantizado, y de forma prioritaria en el proceso penal, informado todo él por el principio del *favor rei*.” PELLEGRINI GRINOVER, A., SCARANCA, A., y MAGALHAES, A., “As nulidades no proceso penal”, *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 2001, pp. 136 y 137.

⁶²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, p. 142 y ss., plantea que a pesar del tenor literal del art. 11 LOPJ es indiferente que lo violentado sea un derecho fundamental o uno que no tenga ese rango, por lo que la tesis que limita la ineficacia de las pruebas ilícitas a aquellas obtenidas con vulneración únicamente de derechos fundamentales es excesivamente restrictiva. Asimismo, ya que la CE otorga el rango de fundamental al derecho a un proceso con todas las garantías, el cual no lo sería si se permitiese a las partes acusadoras la introducción de pruebas que fueron ilícitamente obtenidas. Por consiguiente, ya no se trata de negarle eficacia a la prueba porque ha sido obtenida violentando un derecho fundamental, sino que ha de negársele eficacia porque el derecho a un proceso con todas las garantías así lo exige, lo cual es independiente del derecho violado en el momento de obtención de la prueba. Idéntico argumento utiliza ROVIRA DEL CANTO, M.P., “La prueba ilegalmente obtenida”, en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones, Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, Madrid, 1993, pp. 1259 y ss.

por tanto, claramente prohibida su admisión, así como su posterior valoración por el órgano juzgador y, a diferencia de una prueba meramente irregular, y no es posible su posterior convalidación o subsanación en modo alguno.⁶²⁵

En cuanto al control del medio probatorio y su licitud, parece corresponder al Juez de instrucción, en sede de admisión probatoria, la tarea de garantizar que no se incorporen al proceso por parte de las acusaciones pruebas que hayan sido obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Por tanto, no habría de prosperar una acusación que se sostenga fundamentada sobre la base de prueba o pruebas ilícitas, teniendo como consecuencia procesal más inmediata la imposibilidad de aperturar juicio oral cuando la misma o las mismas fueren la única o únicas pruebas de cargo y no concurrieran otras pruebas lícitas de carácter independiente; ahora bien, la circunstancia de que una prueba ilícita superase el control o filtro de admisibilidad en fase de instrucción no es óbice para plantear nuevamente dicha cuestión ante el Tribunal juzgador, en donde podrá apreciarse su ilicitud, teniendo como consecuencia más inmediata la prohibición de su valoración, por lo que no podrá fundamentarse una sentencia condenatoria sobre la base de prueba ilícita alguna.⁶²⁶

Llama la atención que la norma no hace una alusión directa o expresa a la nulidad misma, sino que lo que hace es aludir al efecto propio de ésta,⁶²⁷ y tal y

⁶²⁵ En sede de Derecho Comparado, Cfr. ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 93 y ss. La autora efectúa un estudio comparativo de la cuestión en Francia, donde se acometen los efectos de la ilicitud probatoria a través de las nulidades (arts. 171 y 802 CPP), creándose un mecanismo de control sobre las “formalidades esenciales”: son inherentes a la constitución de la medida o a los derechos de acusadores y acusado. En Portugal, la prueba ilícita no puede ser utilizada como tal (arts. 126 CPP y 32.8 CRP), prohibición de utilización que diversifica sus efectos según afecte o no a un derecho fundamental: si es así, provoca su inadmisión y si no hubo tal, y aun habiéndose admitido, tampoco será susceptible de valoración para fundamentar una condena. En Brasil, que no hace mucho ha incorporado la inadmisibilidad y consecuente exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente (art. 157, Ley nº 11.690, de 9 de junio de 2008). Y en Italia, donde se ha acuñado el término *inutilizzabilità*, que es un tipo de invalidez que actúa directamente, no sobre el acto, sino sobre su valor probatorio. A través del mismo la ilicitud probatoria se separa de la nulidad circunscribiéndose a la admisión y valoración de los medios de prueba, de modo que el acto o actos aunque válidos desde el punto de vista sustancial no pueden producir su efecto principal, que no deja de ser fundamenta una decisión judicial (art. 191 CPP).

⁶²⁶ Art. 786.2 y demás concordantes de la LECrim.

⁶²⁷ Así, y pese a ese silencio legal, el vínculo entre la vulneración de los derechos fundamentales y la nulidad de pleno derecho parece a todas luces evidente en el Derecho español, pues la sentencia que estime el amparo ante el TC puede declarar la nulidad del acto impugnado, así como prescribe el art. 55 de la LO nº 2/1979, de 3 de octubre, del TC.

como se pone de manifiesto en la STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, en sede de materia probatoria, se señala que la nulidad es la consecuencia que se deriva de la superior posición de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico así como de su afirmada condición de “inviolables” -art. 10.1 CE-; por tanto, de esa superior posición de los derechos fundamentales y de su inviolabilidad se desprende la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental.⁶²⁸

Por consiguiente, la solución establecida por el legislador no deja margen de duda y establece un criterio uniforme con absoluta independencia de que nos encontremos en el proceso ante medios de prueba de carácter directo o que hayan sido obtenidas de forma mediata en la fuente lícita, y deja escaso -por no decir nulo- margen a la interpretación del juzgador.⁶²⁹ En esa línea interpretativa, la doctrina ha valorado positivamente que se tome la base del interés público presente en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; un interés que por atribuirse en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, se encuentra amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva, también fundamental como los derechos vulnerados a través de la obtención de la fuente de prueba, sin contar con el hecho del expreso reconocimiento en la CE de un derecho fundamental a practicar los medios de prueba pertinentes.⁶³⁰

La cuestión que se plantea es la existencia de diversas categorías dentro del elenco de derechos considerados y reconocidos como fundamentales dentro de la CE; es decir, parece que existen derechos fundamentales de carácter absoluto que no pueden ser objeto de limitación alguna y, junto con ellos, otros derechos fundamentales de carácter relativo, que pueden ser objeto de limitación o

⁶²⁸ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. A su vez, nótese que en sede de procedimiento administrativo, el art. 62 de la Ley nº 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece la nulidad de pleno Derecho como efecto de los actos administrativos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

⁶²⁹ De hecho, parece una solución incluso más rotunda que la que se desprende del art. 55 de la LOTC, visto con anterioridad, al establecer los efectos de la sentencia que otorga el amparo, por entender que el acto impugnado vulnera un derecho fundamental, toda vez que el artículo mencionado señala expresamente que una vez declarada la nulidad del acto, se determinará en su caso “la extensión de sus efectos”, o dicho de otro modo, de hecho cabe la posibilidad de que la declaración de nulidad no siempre lleve aparejados semejantes efectos o incluso que genere efectos diversos a la ineficacia. Por consiguiente, no toda vulneración de derechos fundamentales conlleva la declaración de nulidad del acto en cuestión.

⁶³⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “El proceso penal español y la prueba ilícita”, op. cit., p. 200.

susceptibles de ser restringidos en la forma que establece el propio texto constitucional.⁶³¹

Por tanto, la problemática consiste en tener que determinar a qué categoría pertenecen los derechos fundamentales que están recogidos en el art. 24 de la CE, y en particular el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a practicar los medios de prueba pertinentes y, de ese modo, valorar la posibilidad de lo razonable de la limitación del ejercicio de estos derechos fundamentales en aras, en este caso, del respeto al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Por ello, si partimos de la dimensión de órgano público que poseen los tribunales de justicia, la posición doctrinal mayoritaria es permitir que se produzcan injerencias de estos derechos en los derechos fundamentales de carácter material, siempre que ello se haya producido con el más absoluto respeto a las propias exigencias constitucionales, así como al principio de proporcionalidad; por consiguiente -en el caso que nos ocupa-, el ejercicio de la tutela judicial no debe ser entendido como derecho absoluto, sino que su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias de legalidad establecidas, así como con ponderación de la necesidad y adecuación de la medida que se pretende a los fines requeridos.⁶³²

Así, se plantea el modo de regular esta regla de proporcionalidad: Del estudio de la jurisprudencia constitucional podemos llegar a la conclusión de que es una especie de “vía de doble dirección”, pues lo que ha hecho el TC es modular la incidencia de los efectos de ineficacia que están previstos en el artículo 11.1 de la LOPJ, en atención a las circunstancias de cada caso.

A priori, ello parecería una solución que podemos considerar prudente, e incluso necesaria, pues de ese modo se consigue el mantenimiento y salvaguarda de los valores en conflicto así como también evitar situaciones de inadmisión de medios probatorios en procedimientos cuyos hechos objeto de enjuiciamiento son aparentemente muy graves, si bien ello ha sido criticado por parte de la doctrina.⁶³³

⁶³¹ En este sentido, BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional: El proceso penal*, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 301 y 302.

⁶³² GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “El proceso penal español y la prueba ilícita”, op. cit., p. 200.

⁶³³ De ahí que algún sector doctrinal considere peligrosa esta tendencia. Ver PELLEGRINI GRINOVER, A., SCARANCE, A., y MAGALHAES, A., “As nulidades no proceso penal”, *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 2001, p. 136.

Por ello, se ha producido una cuestión de debate doctrinal sobre la oportunidad de que sean promovidos otros efectos para las situaciones o casos de infracción del deber que sean diferentes del de la ineficacia como puede ser -a modo de ejemplo- la sanción penal de los autores del hecho ilícito, si bien manteniendo su valor como fuente de prueba.⁶³⁴

El hecho de que exista una modulación de los efectos de la prueba ilícita se ha venido apreciando, con especial relevancia, en la que ha sido denominada prueba refleja, mediata o derivada, si bien no podemos dejar de hacer mención que en algunos casos sorprendentemente el TC ha considerado conforme a la CE y a la normativa vigente la validez de determinados medios de prueba que han sido obtenidos chocando frontalmente contra algún derecho fundamental.⁶³⁵

Como analizaremos más adelante con mayor detalle, esa tendencia relativizadora de la regla general de ineficacia de la prueba ilícita se ha ido consolidando en la jurisprudencia del TC en diferentes resoluciones,⁶³⁶ así como en la jurisprudencia del TS;⁶³⁷ pero a nuestro modo de ver la resolución que realmente innova de forma inequívoca el criterio es la STC nº 81/1998, de 2 de abril, la cual desarrolla la que ha sido bautizada como teoría sobre la conexión de antijuricidad, y que señala que, en algunos supuestos excepcionales, aunque las pruebas de cargo se hallen naturalmente enlazadas con el hecho que ha sido constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, dichas pruebas son jurídicamente independientes y, por consiguiente, deben ser reconocidas como válidas a todos los efectos para enervar la presunción de inocencia.

⁶³⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., Artículo doctrinal "Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Revista Tribunales de Justicia* nº 8, agosto-septiembre 2003, p.10.

⁶³⁵ STC nº 86/1995, de 6 de junio, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, la cual otorgó validez probatoria a la declaración de un detenido, confesando y reconociendo los hechos ante la policía sin que constase asistencia letrada ni haber sido instruido el mismo respecto de sus derechos como detenido.

⁶³⁶ A modo de ejemplo, STC nº 54/1996, de 26 de marzo, FJ 9º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra.

⁶³⁷ A modo de ejemplo, STS de 5 de junio de 1995.

4.2) La STC nº 114/1984, de 29 de noviembre.

A nuestro juicio ha parecido merece especial análisis la STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, por ser la primera dictada por este Tribunal con referencia a la materia que estamos tratando.⁶³⁸ El procedimiento versaba sobre un recurso de amparo promovido por un trabajador contra dos resoluciones adversas en jurisdicción laboral, por entender que en las mismas se había declarado procedente su despido en virtud de sendas conversaciones telefónicas grabadas con violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo que a juicio del recurrente constituía una violación del derecho al proceso con todas las garantías. Aunque el TC desestimó el amparo solicitado, ello no le impidió, *obiter dicta*, sentar en su pronunciamiento las bases de la doctrina constitucional en la materia de forma anterior a que se efectuase el correspondiente desarrollo legal ordinario. Ciertamente, tal y como ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal, la fundamentación jurídica de la misma constituye un interesante resumen desde el punto de vista del derecho comparado -así como del derecho interno-, de la teoría general sobre la licitud de la prueba desde el prisma constitucional.⁶³⁹

De hecho, no olvidemos que, en el momento concreto de su pronunciamiento, no existía en el ordenamiento jurídico de nuestro país normativa expresa respecto de la prohibición de la prueba ilícitamente obtenida, y el criterio general que se propuso respecto de la misma fue el de la ponderación de los intereses procesales que estaban en juego, por lo que la conclusión a la que se llegaba era que la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, así como la condición de inviolabilidad de los mismos, llevaba a determinar la imposibilidad de que pudiera ser admitida en un proceso una prueba que hubiera sido obtenida con violación de un derecho o libertad fundamental, aunque dicha garantía pudiera ceder cuando la base de la misma fuera manifiestamente infraconstitucional. Esto no podrá ocurrir cuando se trate de derechos fundamentales que traigan su causa, de forma directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. De hecho, cuando nos encontremos en tal caso, se puede afirmar la prioritaria exigencia de atender a su plena efectividad, aunque

⁶³⁸ STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, si bien debemos mencionar que con algo de anterioridad hubo dos pronunciamientos en sendos Autos de inadmisión de demanda de amparo constitucional. En concreto, Autos de 21 de marzo y 16 de mayo de 1984.

⁶³⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., "El proceso penal español y la prueba ilícita", op. cit., p. 194.

queden relegados a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del procedimiento.

Por consiguiente, la controversia que se plantea no deja de ser la problemática existente por el conflicto o choque entre derechos que podemos denominar de idéntica calidad: por una parte el derecho que tiene la parte en un procedimiento a la práctica de los medios de prueba pertinentes -recordemos, art. 24.2 CE-; y, a su vez, el resto de garantías y derechos fundamentales con reconocimiento constitucional como son -por ejemplo- la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones. Y es que la prueba es de tal importancia que el ejercicio de la misma sólo puede ser limitado por el deber de respeto que merecen otros derechos de igual calidad.

Y lo cierto es que dicho argumento es el que parece que influyó en la redacción del art. 11.1 de la LOPJ, el cual, como se ha visto, limita la ineficacia del material probatorio a las pruebas que se hayan obtenido “violentando derechos fundamentales”, lo cual no ha estado exento de críticas por parte de algún sector doctrinal, que esencialmente rechaza ciertas afirmaciones contenidas en la referida sentencia, especialmente en dos sentidos:⁶⁴⁰ por una parte, se cuestiona que la prohibición de la prueba ilícita derive de la posición de preminencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico; y, en segundo lugar, se cuestiona la condición de inviolabilidad de dichos derechos fundamentales, por lo que se formula un rechazo -por axiomática e incierta- a la conclusión de que los derechos fundamentales sean inviolables toda vez que los repertorios de jurisprudencia constitucional demuestran precisamente lo contrario.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Revista Tribunales de Justicia* n^o 8, agosto-septiembre 2003, pp. 1 y ss, quien previamente ya había efectuado ciertas consideraciones en su anterior trabajo “Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional sobre temas procesales: juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo y secreto del sumario”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid* n^o 2, 1985, pp. 1 y ss.

⁶⁴¹ Para efectuar dichas consideraciones DE LA OLIVA SANTOS se ciñe a las estadísticas de recursos de amparo estimados en España por violación de los derechos fundamentales y sostiene que la inviolabilidad se emplea, según él con acierto, en un sentido carente de valor técnico-jurídico, añadiendo la idea de que aunque se aceptase el argumento esgrimido por el TC en la sentencia, no se debería soslayar que el interés público por la persecución del delito puede ser incardinado dentro de los términos del derecho a la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales que, como sabemos, reconoce el artículo 24.1 de la Constitución española, que tiene también carácter de fundamental; por lo que, desde ese punto de vista, cabría defender la posibilidad de considerar la supremacía o, cuando menos, la inviolabilidad de ese derecho por su

Efectuada esta crítica, lo cierto es que parece sostenible defender lo contrario a lo manifestado por el TC; es decir, desde el momento en que la CE contiene la posibilidad de que sea restringido el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones cuando exista orden judicial, dentro de los fines específicos de un proceso penal, es viable sostener la posibilidad de dicha restricción en aras a las exigencias inherentes al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los juzgados y tribunales; en definitiva -desde ese punto de vista-, el establecimiento del límite a la prueba no es tanto el resultado de la primacía material del resto de derechos fundamentales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva -o al derecho a los medios de prueba pertinentes-, sino una cuestión de opción legislativa de política criminal, la cual pretende disuadir de la realización de determinadas prácticas consideradas ilícitas por atentar directamente contra derechos fundamentales.⁶⁴²

Ahora bien, es postura doctrinal mayoritaria la de los autores que defienden precisamente la preeminencia del resto de derechos fundamentales sobre el derecho fundamental a la prueba, como parte del derecho a la tutela judicial.⁶⁴³ En este sentido, no podemos dejar de hacer mención del hecho de que en la misma STC nº 114/1984, el propio TC recogía la disparidad de soluciones existentes en el derecho comparado a propósito del régimen de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales.⁶⁴⁴

En conclusión, podemos resumir que la doctrina emanada de la STC nº 114/1984 no concibe la interdicción de la prueba obtenida por medios ilícitos como un derecho fundamental autónomo, sino más bien como una garantía más de la

carácter de fundamental, frente al resto de derechos fundamentales con los cuales existiera cualquier posible colisión, y no de modo inverso.

⁶⁴² Y es que esta última observación sirve a DE LA OLIVA SANTOS para desvirtuar el que hemos señalado como primero de los argumentos discutidos de la sentencia, es decir, la posición de preeminencia de los derechos fundamentales como justificación de la ilicitud de la prueba, concluyendo que en definitiva la solución legal es una mera cuestión de opción del legislador, no tanto de exigencia derivada del texto constitucional.

⁶⁴³ Entre otros, PASTOR BORGOÑÓN, B., "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Justicia: revista de derecho procesal* nº 2, 1986, pp. 337 y ss.

⁶⁴⁴ De hecho, en la STC nº 81/1998, de 2 de abril, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón, otra relevante resolución en la materia que nos ocupa, se recuerda que en la ponderación sobre los intereses en juego se debe confrontar el derecho sustantivo violado con sus límites constitucionales, partiendo del hecho de que cuando éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 de la CE como "fundamento del orden político y de la paz social".

primacía de los derechos fundamentales.⁶⁴⁵ En otras palabras: el sistema constitucional español impone el deber de obtener los medios de prueba por medios lícitos en lugar de establecer un derecho a que la prueba practicada no se obtenga por medios ilícitos, y ello como garantía de que no sean vulnerados los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto o colisión con la adquisición de la prueba. Con esta interpretación, el TC optó por una solución que permite ponderar, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, si debe primar el interés público en castigar el delito o la garantía, especialmente cuando se trata de la eficacia refleja de los medios de prueba ilícitamente obtenidos,⁶⁴⁶ y apreciando de ese modo la adecuación de la medida a sus fines (idoneidad), la necesidad (en virtud de las exigencias del principio de intervención mínima), así como los intereses concretos presentes en cada caso.

La doctrina jurisprudencial que emana de esta sentencia nos lleva sin ningún género de dudas hacia la figura de la ponderación, y ello conduce directamente al ámbito del principio de proporcionalidad, desarrollado con anterioridad.⁶⁴⁷

En definitiva, tal y como ha puesto de manifiesto algún sector doctrinal, este margen de prudencia derivado de la falta de reconocimiento expreso de un derecho a la prueba conjura el riesgo de petrificación de los límites legales a los medios de obtención de elementos probatorios, si bien del mismo modo entraña otros riesgos: principalmente el de que, en función de las necesidades de la política criminal de un Estado, la interpretación jurisprudencial de la garantía conduzca de forma inexorable a un desproporcionado incremento de los casos que son considerados como excepcionales a la regla de ilicitud, con la consiguiente desvirtualización de las

⁶⁴⁵ Ello al estilo del *due process of law* norteamericano, que vendría a ser nuestro derecho constitucional al proceso con todas las garantías, en la línea de lo manifestado por GÓMEZ COLOMER, J. L., "Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica", *Revista Española Poder Judicial, número especial XIX*, Madrid, 2006, pp. 25 y ss.

⁶⁴⁶ Evitando de ese modo que la petrificación de la garantía impida la consecución de la política criminal del Estado. En ese sentido, ver GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO, C., GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 421.

⁶⁴⁷ El denominado por la doctrina alemana *Grundstazt der Verhältnismäßigkeit*, que se apoya en los artículos 2 y 19, ambos en sede de derechos fundamentales, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949, con traducción revisada por los profesores Dr. Karl-Peter Sommermann y Dr. Ricardo García Macho. www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf. Fecha última consulta 24 de marzo de 2017. A su vez, por su interés Cfr. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

fronteras de la garantía y, por ende, de los límites razonables de determinados derechos fundamentales.⁶⁴⁸

5. Excepciones a la aplicación de la regla de exclusión.

5.1) La buena fe en la actuación policial.

La excepción de la buena fe en la actuación policial tiene su origen en una construcción jurisprudencial efectuada por el Tribunal Supremo norteamericano, concretamente en el *caso Leon vs. United States*.⁶⁴⁹ En dicho supuesto, la policía efectuó un registro domiciliario actuando de conformidad con un mandamiento judicial que consideraba ajustado a Derecho. Ahora bien, un órgano judicial consideró que dicho mandamiento se había dictado careciendo de una razón suficiente que lo motivase (*probable cause*). Sin embargo, el Tribunal Supremo norteamericano estimó que debía admitirse la validez de las pruebas obtenidas en el registro domiciliario al entender que los agentes policiales habían actuado de buena fe (*good faith exception*), ya que creyeron que su conducta se hallaba amparada por un mandamiento judicial legal, aunque hubiesen actuado de forma ilícita, es decir, con lesión de derechos individuales. De ahí que en este caso no operase el efecto disuasorio (*deterrent effect*) que persigue la regla de exclusión (*exclusionary rule*) de evitar conductas contrarias a los derechos individuales por parte de la autoridad policial. Otro ejemplo de la aplicación de dicha excepción la encontramos en el caso *caso Massachusetts vs. Sheppard*.⁶⁵⁰

Esta excepción ha tenido acogimiento en nuestra jurisprudencia, toda vez que la STC nº 22/2003, de 10 de febrero, en un supuesto en el que se examina una entrada y registro en domicilio de una persona detenida con la autorización exclusiva de la esposa denunciante por violencia de género, se ocupa un arma de fuego que es propiedad del detenido. El TC estimó que se había producido una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio -art. 18.2 CE- toda vez que

⁶⁴⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., “El proceso penal español y la prueba ilícita”, op. cit., p. 194.

⁶⁴⁹ *caso Leon vs. United States* (468 US 897, 1984), citado por DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, *Artículo Doctrinal*, www.dialnet.uniroja.es/servlet/extaut?codigo=83469, 2012, p. 8. Fecha última consulta 24 de marzo de 2017.

⁶⁵⁰ *caso Massachusetts vs. Sheppard* (468 US 981, 1984).

consideró que el consentimiento prestado por la esposa no era válido, entre otros motivos por concurrir una situación de contraposición de intereses, ya que "... el consentimiento del titular del domicilio, al que la CE se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enervan la garantía que dicha inviolabilidad representa. Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras pues, si así fuese, no habría en realidad garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido".⁶⁵¹ A su vez, "...el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto. La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso lesión alguna del derecho fundamental y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar." Y concluye el Tribunal señalando que "la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente."⁶⁵²

⁶⁵¹ STC nº 22/2003, de 10 de febrero, FJ 8º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

⁶⁵² STC nº 22/2003, de 10 de febrero, FJ 10º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

Por consiguiente, si bien el TC reconoció que la prueba había sido obtenida con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, admitió su valoración y eficacia en el proceso penal, sin aplicar la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 de la LOPJ, hallándose el punto de inflexión de la referida resolución judicial en las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, y ello con expresa desestimación de la existencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías -art. 24.2 CE- así como del derecho a la presunción de inocencia -art. 24.2 CE-.

Dicho esto, es importante poner de manifiesto que esta Sentencia tuvo un voto particular -el cual además de advertir que hasta dicho momento nunca se había cuestionado la ilegitimidad constitucional de las pruebas ilícitas, no estableciéndose a su respecto excepción alguna- fundamentado en que "... pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe judicial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea de "proceso justo", sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial. Por tanto, la utilización como prueba de cargo en el proceso de la obtenida directamente a partir de la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (el hallazgo de la pistola) vulneró, asimismo, el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías...".⁶⁵³

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la admisibilidad de la aplicación de la excepción de la buena fe: por una parte, se considera que desde la perspectiva del modelo continental europeo, dicha excepción resulta, *prima facie*, inadmisibile, ya que la regla de exclusión se configura como una garantía constitucional de naturaleza procesal derivada de la posición preferente que ostentan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico y de su condición de inviolables, por lo que no resulta admisible su aplicación;⁶⁵⁴ por contra,

⁶⁵³ Voto particular formulado por el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

⁶⁵⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 103; AGUILERA MORALES, M., "Para que la entrada y registro domiciliario se consideren constitucionalmente legítimos, ¿es necesario el consentimiento del sujeto investigado o basta con el del cotitular del domicilio? Eficacia probatoria de la prueba

otros autores apoyan la interpretación efectuada por el TC, al definir que “la excepción de la buena fe del agente responsable de la ilicitud de una prueba o fuente de conocimiento tiene como punto de arranque la constatación de situaciones en que aquél actúa en un auténtico estado de error de prohibición más o menos cercano a la invencibilidad; en la creencia fundada y razonable de estar obrando lícitamente”⁶⁵⁵, por lo que se concede plena admisibilidad a dicho criterio de aplicación de la excepción de la buena fe.⁶⁵⁶

En nuestra opinión, la admisibilidad del criterio de la excepción de la buena fe efectuado por el TC merece una seria crítica: tal y como se ha construido esta doctrina jurisprudencial en Norteamérica no puede ser trasladable sin más al Derecho español, ya que en nuestro ordenamiento jurídico el fundamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita no es un mero remedio procesal con el objeto de evitar que los agentes de policía realicen actuaciones ilícitas lesivas de derechos fundamentales, sino que sean excluidos del proceso aquellos medios de prueba que se hayan obtenido con vulneración de dichos derechos; es decir, que si se constata en el proceso la presencia de una prueba obtenida violentando derechos fundamentales, su única consecuencia deber ser la prohibición de admisión y valoración de la misma, al margen de las creencias de los agentes policiales

obtenida con vulneración directa de un derecho fundamental”, *Tribunales de Justicia n° 12*, diciembre 2003, p. 129, donde la autora critica la “interpretación errónea” efectuada por el TC, considerando que parece avalar la idea de que el rasero para determinar si se ha vulnerado o no el derecho a un proceso justo o con todas las garantías es la creencia por parte de quien obtuvo la fuente de prueba o de quien la valoró de estar obrando de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

⁶⁵⁵ RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis, “Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español”, *Diario La Ley n° 8203*, Sección Doctrina, Madrid, 2 de diciembre de 2013, p. 6, lo que ha llevado a CASANOVA MARTÍ a considerar que dicho autor relaciona la excepción de buena fe con el error invencible regulado en el CP, CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 337.

⁶⁵⁶ ECHARRI CASI, F. J., “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial n° 69*, Madrid 2003, p. 268; GÁLVEZ MUÑOZ, L., “Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional n° 11*, octubre 2003, p. 41, si bien el autor lamenta que el Tribunal Constitucional no haya aprovechado la ocasión para elaborar una doctrina general sobre la admisibilidad de la excepción de la buena fe; sobre el efecto extensivo de la prueba en el derecho alemán, Cfr. AMBOS, K., “La teoría del efecto extensivo en el Derecho Procesal Penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán”, *Revista General de Derecho Procesal n° 29*, 2013, www.iustel.com, pp. 26 y 27, donde el autor, tras efectuar un análisis comparativo del efecto extensivo en ambos ordenamientos jurídicos, concluye que las diferencias entre ambos sistemas no son tan radicales como pudiera parecer a primera vista, otorgándole vital importancia al juicio de ponderación aplicable según cada caso concreto, pues considera que sólo de esa manera es posible evitar decisiones demasiado sistemáticas y que no sean aplicables a las particularidades de cada caso.

actuantes, ya que si admitimos y damos por bueno el uso probatorio de aquellos elementos de prueba obtenidos violentando derechos fundamentales, la aplicación de la excepción de la buena fe neutralizaría la aplicación misma de la regla de exclusión, de lo que se desprende que estaría en juego la propia noción del proceso penal con todas las garantías. Asimismo, la consideración efectuada por el TC de que la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio sea “por decirlo de algún modo, un mero accidente” nos parece desafortunada desde cualquier perspectiva posible.

5.2) Excepciones a la eficacia refleja.

Para delimitar adecuadamente la cuestión, es importante señalar que la regla de exclusión de la prueba ilícita no se extiende únicamente respecto de aquellas pruebas que se hayan obtenido directamente violentando derechos fundamentales, sino que también lo hace respecto de los medios probatorios que, aunque hayan sido adquiridos o practicados de forma lícita, son una evidente consecuencia de los anteriores.

Por consiguiente, hablamos de pruebas que han sido obtenidas de forma lícita pero que se encuentran viciadas o contaminadas por la ilicitud o inconstitucionalidad de las adquiridas en origen. Esta ilicitud, que se proyecta sobre el material probatorio derivado, tiene como consecuencia más inmediata que éste deba ser excluido del proceso; de hecho, nos encontramos ante la anteriormente mencionada doctrina de los “frutos del árbol envenenado” (*fruit of the poisonous tree doctrine*), de conformidad con la cual las pruebas que han sido adquiridas de forma ilícita tienen un efecto contaminante en todas aquellas que se obtengan o sean consecuencia de las mismas.

Y es que el fundamento de dicha doctrina o de la ineficacia de la prueba refleja o derivada radica también en la finalidad última que persigue la regla de exclusión de la prueba ilícita, que no es otra que la protección de los derechos individuales como elemento básico del Estado de Derecho.⁶⁵⁷ Por consiguiente, es una consecuencia lógica de la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, pues si de lo contrario se admitiese la validez de la prueba refleja o derivada, perdería efectividad y quedaría vaciada de contenido la regla de exclusión de la

⁶⁵⁷ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, op. cit., p. 10.

prueba ilícita, con el evidente riesgo para la correcta tutela de los derechos fundamentales.

Esta teoría de la ineficacia de la prueba refleja o derivada tiene su origen en el Derecho norteamericano concretamente en el *caso Silverthorne Lumber Co. Vs. United States* (251 US 385, 1920), en el que se había procedido a la incautación ilícita de unos documentos por agentes federales, cuyo examen facilitó el descubrimiento de nuevas pruebas de cargo contra una persona. El Tribunal Supremo norteamericano consideró que tanto los documentos como el resto de las pruebas obtenidas a partir de ellos no podían ser utilizables en el proceso,⁶⁵⁸ si bien parece importante señalar que algún autor destaca que dicha doctrina no fue acuñada como tal hasta el *caso Nardon Vs. United States* (Dec.11, 1939, 60 S.).⁶⁵⁹

En nuestro país, el TC señaló que el art. 11.1 de la LOPJ no solo se refiere a la regla de exclusión de la prueba ilícita, sino que también comprende la ineficacia en el proceso de la prueba refleja o derivada, concretamente de conformidad con la interpretación que se hace del término “indirectamente” (“no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o “indirectamente”, con violación de derechos fundamentales”), y argumentó que “todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria, ya que la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos (...) sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPJ”.⁶⁶⁰

Sin embargo, a pesar de la formulación inicial de la teoría de los “frutos del árbol envenenado”, la propia jurisprudencia norteamericana no tardó en admitir determinadas excepciones a la eficacia refleja de la prueba ilícita, las cuales han tenido acogida progresivamente en otras legislaciones y ordenamientos jurídicos, lo cual pone de manifiesto un fenómeno que ha llegado a ser denominado por parte de

⁶⁵⁸ Citado por DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, op. cit., p. 10.

⁶⁵⁹ CASANOVA MARTÍ, R., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 322.

⁶⁶⁰ STC nº 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

la doctrina más especializada como “norteamericanización” de la regla de exclusión.⁶⁶¹

En ese sentido, fundamentalmente podemos hablar de tres excepciones a la eficacia refleja, tal y como se desarrollará a continuación.

5.2.1) La fuente independiente.

La excepción de la fuente independiente requiere la acreditación de que no existe una vinculación directa entre una prueba ilícita y otra prueba posterior de carácter lícito derivada de la original; es decir, que debe haber una desconexión causal entre la prueba ilícita inicial y la prueba derivada de la misma, de lo que se desprende que no hay “frutos envenenados” si hay prueba válida independiente.⁶⁶²

Por tanto, la figura de la “relación de causalidad” entra de lleno en la materia, pues si el medio de prueba utilizado no guarda ningún tipo de conexión con la prueba ilícita inicial, no se cumpliría el presupuesto esencial determinante del reconocimiento de la eficacia refleja de la prueba. Dicha excepción tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana (*Independent source doctrine*), en el *Caso Segura vs. United States* (468 US 796, 1984), en el cual en el curso de una investigación por un presunto delito de tráfico de drogas, los agentes policiales entraron en un domicilio sin el correspondiente mandamiento judicial, deteniendo a los ocupantes y permaneciendo en el lugar hasta que, horas después, llegó la preceptiva autorización judicial, la cual se había obtenido de conformidad con los indicios de criminalidad existentes antes de proceder al registro ilegal. En dicho proceso se excluyeron como fuente de prueba los elementos obtenidos en el domicilio tras la entrada inicial, si bien se admitieron los descubiertos después de haberse ejecutado el mandamiento de entrada válido y ajustado a derecho. La jurisprudencia del TC ha contemplado esta excepción a partir de la STC nº 81/1998, de 2 de abril, a la que se hará referencia más tarde.

⁶⁶¹ MIRANDA ESTRAMPES, M., “La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación”, *Revista Jueces para la Democracia* nº 47, Madrid, 2003, p. 54.

⁶⁶² VELASCO NÚÑEZ, E., “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”: Correcciones actuales y tendencias de futuro”, CGPJ, Medidas restrictivas de derechos fundamentales, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 12, Madrid, 1996, pp. 427 y ss.

Pero la cuestión que debe plantearse es si realmente la fuente independiente opera como una excepción al reconocimiento de efectos reflejos de la prueba ilícita o bien no deja de ser un “reverso de la moneda”, una faceta negativa de la prueba ilícita al no concurrir el presupuesto material básico para su aplicación, consistente como hemos visto en la existencia de una relación causal entre la prueba originaria y la refleja.

En cualquier caso, la jurisprudencia del TC señala un ejemplo claro de desconexión cuando estamos ante una declaración de autoincriminación, toda vez que goza de independencia jurídica, sea en fase de instrucción o de plenario, pues ha considerado que la confesión de los hechos por parte de acusado debe entenderse como la consecuencia de una decisión suficientemente informada y libre. Por consiguiente, ha valorado tal declaración como una prueba de cargo válida para desvirtuar la presunción de inocencia, desvinculada de la prueba ilícita.⁶⁶³

No obstante, nos parece oportuno posicionarse en un sentido restrictivo a la hora de valorar la posible existencia de fuentes independientes, pues siempre existirá una relación causal directa -en mayor o menor grado- entre ambos tipos de pruebas, y debe advertirse del riesgo de aplicación de esta excepción, toda vez que puede terminar operando en la práctica cotidiana de los Juzgados y Tribunales como una verdadera fuente de excepciones a la eficacia refleja de la regla de exclusión probatoria mediante una ampliación desmesurada del concepto de “prueba independiente”. Y ello hasta el punto de que la independencia de la fuente ya no se predica exclusivamente de los casos en los que exista una desconexión causal, sino también de aquellos supuestos en que aunque se constate una relación de causa-efecto entre ambas pruebas, la prueba lícita derivada puede calificarse como prueba jurídicamente “independiente”, utilizando para ello, por ejemplo, el criterio del factor temporal, es decir, el largo período de tiempo transcurrido entre una prueba y otra.⁶⁶⁴ La cuestión será debidamente tratada más adelante al hablar de la doctrina de la conexión de la antijuricidad.

⁶⁶³ STC nº 8/2000, de 17 de enero, FJ 10º, Ponente Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

⁶⁶⁴ En ese sentido, STC nº 66/2009, de 9 de marzo, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Ramón Rodríguez-Arribas, en un asunto de intervenciones telefónicas declaradas nulas, con posterior entrada y registro domiciliario practicado de modo lícito y condenando en base a una pluralidad de fuentes demostrativas.

5.2.2) El descubrimiento inevitable.

La excepción del descubrimiento inevitable consiste en que una prueba derivada de otra ilícita o inconstitucional no puede excluirse con el argumento de que al resultado probatorio de la primera se hubiera podido llegar de modo inevitable por el normal devenir de la investigación en curso; es decir, que mediante el proceso penal en curso, a través de la correspondiente investigación, las pesquisas hubieran conducido a la obtención de la prueba independientemente de la existencia previa de otra lesiva de los derechos fundamentales; lo anterior implica, como señala la doctrina, que se podrá utilizar la prueba derivada cuando se tiene la certeza de que se habría llegado a la misma, con independencia de la anterior diligencia ilícita, porque ya existían diligencias en marcha que hubieran conducido a la misma conclusión.⁶⁶⁵

Por tanto, parece necesario que la prueba que ha sido obtenida como resultado de un medio probatorio previo, que ha sido obtenido violentando derechos fundamentales, sea descubierta por medios lícitos e independientes de dicha conducta ilícita original, lo cual no ha estado exento de críticas doctrinales⁶⁶⁶ basadas en entender que el efecto de aceleramiento de los resultados de la investigación en que parece basarse dicha excepción parte de unas conjeturas o hipótesis que, en definitiva, no se corresponden con los hechos realmente acontecidos; es decir, en lo que pudo suceder y no sucedió realmente, lo que pone de manifiesto una peligrosa indefinición y ambigüedad, con la problemática añadida que ello conlleva respecto al principio de presunción de inocencia, ya que no podemos olvidar que la excepción del “descubrimiento inevitable” autoriza la utilización probatoria de elementos obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales, por lo que no son pocas las críticas de la doctrina.⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ PAZ RUBIO, MENDOZA MUÑOZ, OLLE SESÉ Y RODRÍGUEZ MORICHE, *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los Tribunales*, op. cit., p. 249.

⁶⁶⁶ SALAS CALERO, L., “Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos”, *Revista Poder Judicial* n^o 66, Madrid, 2002, pp. 386 y ss, donde el autor pone de manifiesto las críticas vertidas por la propia doctrina norteamericana, especialmente tras observar que su aplicación ha dado lugar a resultados dispares en su aplicación por los diferentes tribunales de apelaciones.

⁶⁶⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, *Revista General de Derecho* n^o 624, Madrid, 1996, pp. 10164 y

También encontramos el origen de esta excepción en la jurisprudencia norteamericana (*inevitable discovery*), concretamente en el *Caso Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984), en el cual, tras un interrogatorio declarado ilegal, el acusado efectuó una confesión de culpabilidad por un homicidio, llegando a conducir con posterioridad a los agentes policiales al lugar en el cual había enterrado el cadáver de una menor. El Tribunal excluyó como medio probatorio el interrogatorio ilegal del acusado, sin embargo no aceptó que el cuerpo de la víctima fuese también excluido como consecuencia de dicho interrogatorio ilegal, pues consideró que el mismo hubiera sido encontrado tras la búsqueda que estaba teniendo lugar con anterioridad a la declaración en la zona en la que finalmente fue localizado.

Esta excepción fue incorporada en nuestra jurisprudencia, en la STS nº 974/1997, de 4 de julio, la cual admitió la validez de una prueba como consecuencia de su inevitable descubrimiento, ya que la misma fue el resultado causal de una intervención telefónica previa declarada ilegal, pero si bien las escuchas telefónicas fueron declaradas nulas, las operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas continuamente, e iniciadas antes de la decisión judicial que acordó la citada intervención, sirvieron de material probatorio para fundamentar la condena. Ahora bien, el TS señaló que la limitación del “descubrimiento inevitable” debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de “buena fe”, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a “acelerar” por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente...”; es decir, que el TS recondujo esta excepción a su aplicación en los supuestos de actuaciones policiales de buena fe.

Un sector doctrinal ha criticado esta excepción del descubrimiento inevitable, con el argumento de que puede ser “especulativa”, ya que no se puede probar fuera de dudas la inevitabilidad del descubrimiento.⁶⁶⁸

Por otra parte, parece obligado efectuar en este apartado una última mención a lo que ha venido considerándose una variante de esta excepción, por consiguiente también relacionada con la excepción de la fuente independiente, y que no es otra que la excepción del hallazgo casual, de conformidad con el cual se declara lícita

ss., donde el autor pone de manifiesto serias dudas sobre la constitucionalidad de la recepción de esta excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁶⁸ GÓMEZ COLOMER, J.L., “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo”, *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 161.

aquella prueba que deriva o que se obtuvo por casualidad de otra prueba que era ilícita originariamente. Esta excepción fue incorporada por nuestra jurisprudencia mediante la STS nº 1313/2000, de 21 de julio, relativa al descubrimiento de un delito de tráfico de drogas como consecuencia de una intervención telefónica que previamente se había autorizado para la persecución de otro delito. Así, el hallazgo casual rompe la conexión de antijuricidad que existe entre la prueba derivada y la prueba ilícita inicial, por lo que la prueba obtenida de forma casual ser valorada en el proceso y, en su caso, fundamentar adecuadamente una sentencia condenatoria.⁶⁶⁹

5.2.3) El nexos causal atenuado.

La excepción del nexos causal atenuado consiste en la admisión de la existencia de un nexos de causalidad entre la prueba ilícita inicial y la posterior prueba derivada, si bien lo que ocurre es que dicha relación de causalidad aparece de una forma severamente atenuada, lo cual permite que la prueba derivada sea admitida y se pueda utilizar en el proceso.

Así, se ha considerado como una variante de la modalidad de la excepción de la fuente independiente, anteriormente explicada, e igualmente tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana (*Attenuated connection doctrine o Purged taint*), apreciándose inicialmente en la sentencia del *caso Wong vs. United States* (371 US 471, 1963). En este caso, se detuvo a una persona tras una entrada en domicilio considerada ilegal, la cual en su declaración acusó a otra de haberle vendido la sustancia estupefaciente incautada, por lo que se procedió también a la detención de esa segunda persona así como a la ocupación de más droga. Pues bien, en su declaración esa segunda persona implicó a una tercera, obviamente también detenido. Tras ser puesta en libertad bajo fianza, esa tercera persona efectuó voluntariamente una confesión legal, habiendo sido debidamente informada de sus derechos, en sede policial. El Tribunal excluyó todas las pruebas salvo la última de la confesión voluntaria, considerando expresamente que la voluntariedad de la confesión, con información previa de sus derechos, introducía en el proceso un acto del todo independiente que rompía la conexión de causalidad con cualquier acto ilícito anterior.

⁶⁶⁹ Por su interés, cfr. ECHARRI CASI, F.J., “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, *Revista del Poder Judicial* nº 69, Madrid, 2003, pp. 231 a 261.

En esta línea, la jurisprudencia norteamericana ha indicado los criterios utilizados para la determinación de aplicación suficientemente atenuada de la conexión de causalidad entre la prueba ilícita original y la prueba derivada para que la última pueda ser eficaz en el proceso.⁶⁷⁰

- a) De vital importancia es la valoración temporal, es decir, el período de tiempo transcurrido entre la prueba ilícitamente obtenida y la adquisición de la prueba lícita derivada. Como es lógico, a mayor tiempo transcurrido entre las mismas, más posibilidades existen de que los tribunales atenúen la prueba derivada.
- b) A su vez, los acontecimientos ocurridos entre la obtención de ambas pruebas. Obviamente, cuantas más actuaciones hayan existido, mayores posibilidades existirán de que no se contamine la prueba derivada.
- c) La gravedad de la violación originaria. Cuanto mayor sea su gravedad, más difícil habrá para la aceptación de la prueba derivada.
- d) La naturaleza de la prueba derivada. Por ejemplo, si nos encontramos ante una prueba personal basada en la voluntariedad, como hemos visto en el caso de una confesión practicada bajo las adecuadas garantías, mayores posibilidades existirán de que sea admitida que si se hubiera tratado de una prueba material.

Esta excepción fue acogida por nuestra jurisprudencia a través de la STC nº 86/1995, de 6 de junio,⁶⁷¹ sobre intervenciones telefónicas y derecho al secreto de las comunicaciones, cuando atribuyó plena eficacia probatoria a la declaración voluntaria del acusado ante el Juez de instrucción, así como su ratificación en el acto de juicio oral, puesto que dicha declaración voluntaria se había prestado espontáneamente y con asistencia letrada.⁶⁷² Por consiguiente, para el TC, cuando concurren dichas circunstancias, así como del mismo modo que la prueba de confesión no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación, puede otorgarse a dicha prueba la condición de “prueba jurídicamente independiente”; es decir, que la jurisprudencia del TC admite la lesión del derecho al

⁶⁷⁰ FIDALGO GALLARDO, C., “La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América”, *Revista Tribunales de Justicia* nº 5, Madrid, 2003, pp. 441 y 442.

⁶⁷¹ STC nº 86/1995, de 6 de junio, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra.

⁶⁷² Parece oportuna la mención de que dicha confesión sumarial se produce con anterioridad a estar prevista legalmente la entrevista previa del imputado con su letrado, que encontramos recogida en el art. 775 de la LECrim., según redacción dada por Ley nº 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

secreto de las comunicaciones argumentando falta de motivación de la resolución judicial habilitante, prohibiéndose la valoración del material probatorio obtenido y de cuantas pruebas deriven directa o indirectamente del mismo, si bien considera que la propia declaración voluntaria del acusado de la que se deduce su participación en el delito, constituye prueba de cargo suficiente e independiente de la prueba telefónica obtenida inconstitucionalmente.

Así, la cuestión objeto de debate radica en que si bien la confesión voluntaria del acusado puede considerarse como una prueba derivada diferente, parece más discutible que se le pueda atribuir el carácter de prueba jurídicamente independiente, toda vez que se encuentra causalmente conectada con la prueba ilícita inicial. Y en ese sentido no han faltado críticas por parte de la doctrina, incluso antes de que se dictase esa primera Sentencia del TC, al señalar que la confesión que se obtiene de ese modo sería ilícita pues no podría autorizarse el interrogatorio que pudiera versar sobre datos u objetos intervenidos durante la práctica de la diligencia que ha vulnerado derechos fundamentales, por ejemplo durante un registro en un domicilio.⁶⁷³

No obstante, la doctrina ha destacado que nos encontramos ante una cuestión de máximo interés y de gran relevancia práctica, toda vez que en la actualidad es incesante el número de recursos de casación planteados ante la Sala de lo Penal del TS en los que se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia, por la valoración como prueba de cargo, de declaraciones autoincriminatorias prestadas por los acusados, en supuestos en los que se ha declarado la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas en el procedimiento, si bien se muestra crítica con su aplicación;⁶⁷⁴ a su vez, otro sector

⁶⁷³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "La función de las garantías en la actividad probatoria", en AA. VV. "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, p. 240, en donde señala que: "En efecto, si la nulidad del registro es absoluta e insubsanable ello quiere decir que dejarían de tener relevancia procesal los objetos hallados en el mismo. Y, siendo así, no se entiende con base en qué fuente de información podría ni siquiera formularse por la acusación al imputado pregunta alguna acerca de algo jurídicamente inexistente. Habría incluso que cuestionar si, de llegar, no obstante, a hacerse la pregunta, ésta no daría lugar a una confesión o testifical ilícita por la ilicitud de la fuente de información utilizada para formularla: y, además generadora de indefensión, puesto que la misma se habría hecho con prevalimiento de la circunstancia de que normalmente, el acusado medio carece del conocimiento requerido para distinguir entre las existencias o inexistencias fácticas y las de carácter jurídico-formal".

⁶⁷⁴ VILLEGAS GARCÍA, M.A., "La teoría de conexión de antijuricidad y las declaraciones autoincriminatorias: Requisitos para la utilización como prueba de cargo de estas declaraciones en supuestos de declaración de nulidad de intervenciones telefónicas", *Revista del Poder Judicial* n^o 93, Madrid, 2012, p. 71, donde la autora trabaja la STS n^o 316/2011, de 6 de abril, que recapitula el

doctrinal va más allá y señala que no estamos ante una excepción a la regla de exclusión, sino ante una consecuencia de la propia delimitación de la misma regla, ya que ésta indica que la ilicitud se expande únicamente a las pruebas derivadas, por lo que deben excluirse las pruebas que son independientes.⁶⁷⁵

Por ello, la solución no es pacífica en nuestros tribunales, pues algunas sentencias consideran que no se debe efectuar al inculcado ninguna pregunta relativa a un descubrimiento obtenido a través de una prueba anulada, dado que por su naturaleza, se trataría de una pregunta capciosa en el sentido de inducir a error,⁶⁷⁶ si bien se puede decir que la tendencia jurisprudencial de que la confesión es una prueba independiente de la nulidad de las intervenciones telefónicas o de las entradas y registros está consolidada en los últimos tiempos, si bien debe ser manejada con suma precaución, pues con independencia de su utilización en supuestos concretos, debe evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el ya trabajado art. 11.1 de la LOPJ, en la línea de lo manifestado por nuestros Tribunales.⁶⁷⁷

estado de la cuestión, con numerosos precedentes, así como la STS nº 91/2011, de 18 de febrero, la cual absuelve a los condenados, tras declarar nulas las escuchas telefónicas, y considera que la prueba de confesión vulneró su derecho a la presunción de inocencia y, por tanto, no había pruebas válidas para sustentar la condena.

⁶⁷⁵ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 122 y ss.

⁶⁷⁶ STS nº 58/2003, de 22 de enero, la cual señala que aunque las declaraciones autoinculpatorias hubiesen sido prestadas con pleno conocimiento por quien deseara ser condenado, tampoco cabría reconocer a sus manifestaciones tal eficacia pues, en efecto, la aplicación del *ius puniendi*, cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye de raíz, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en suicidarse, procesalmente hablando. En el mismo sentido se manifiesta la STS nº 160/2003, de 24 de febrero.

⁶⁷⁷ En ese sentido se pronuncia la STS nº 1203/2002, de 18 de julio, que -no obstante- sigue considerando la teoría de conexión de la antijuricidad como excepcional. En cualquier caso, debemos recordar también que conviene tener en cuenta el hecho de que el Tribunal no está vinculado por la confesión de una manera absoluta, de manera que cuando entienda fundadamente que los hechos no son compatibles con la confesión, puede descartarla como medio de prueba, siendo lo fundamental a mi modo de ver que la declaración esté presente en el juicio oral y, de ese modo, exista la posibilidad de someterla a contradicción por las partes para una posterior convicción fundada por parte del Tribunal sentenciador, RAMOS RUBIO, C., "La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia", *Manuales de formación continuada nº 12*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 34.

5.2.4) La posición de un particular sin interés.

Este epígrafe que desarrollamos afecta de modo general a la prueba y la posible eficacia refleja de la ilicitud de la misma en el proceso penal, por lo que no guarda una relación directa con las intervenciones telefónicas, si bien hemos considerado oportuna su inclusión por lo reciente que es la resolución del TS y la problemática que suscita, en un caso que condena por dos delitos contra la hacienda pública, ya que confirma la tendencia de relajar la ilicitud de la prueba en función del modo por el que ha sido obtenida.⁶⁷⁸

La cuestión que se plantea es la valoración como prueba de cargo de una prueba obtenida de forma ilícita -valoración contraria al contenido material del derecho a la presunción de inocencia- en un Estado extranjero, ya que concretamente la causa tiene como origen el apoderamiento ilícito que hace un particular de unos archivos informáticos en los que se contiene ingente información bancaria sobre titulares de fondos gestionados por la entidad suiza HSBC, una información contenida en equipos informáticos que fue extractada y tratada informáticamente por las autoridades fiscales francesas antes de ser remitida a las españolas, y que presentaba serios indicios que permitían acreditar que las copias remitidas por las autoridades francesas no se correspondían con las originales encontradas en Francia; es decir, por una parte se plantea la posibilidad de valoración como medio de prueba de la información económica de un titular de una cuenta bancaria o de fondos bancarios -de la cual se ha apoderado un particular sin autorización-, que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad y debe ser objeto de protección jurídica frente a posibles injerencias o intromisiones ilegítimas, salvo las acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, y por otra parte, que ese archivo informático era una copia -no íntegra- por lo que técnicamente no se podía descartar una manipulación de terceros, ya que no existía garantía de autenticidad e integridad del archivo.

El TS reconoce la “objetiva complejidad del problema suscitado”, la cual se deriva del significado mismo de la prueba ilícita y de los radicales efectos que su declaración lleva asociada. En ese sentido, recuerda que la prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental ha de ser excluida de la apreciación probatoria, lo que forma parte de las garantías del sistema constitucional, y que -más

⁶⁷⁸ STS nº 116/2017, de 23 de febrero.

allá de su proclamación expresa en un enunciado normativo- su vigencia es definitoria del derecho a un proceso con todas las garantías; así, la exclusión de la prueba ilícita del material valorable por el órgano decisorio forma parte del patrimonio jurídico de los sistemas democráticos, y llega a señalar que la necesidad de hacer eficaz esa regla de exclusión viene impuesta incluso por una “exigencia ética” ligada a la fuente legitimante de la función jurisdiccional.

El TS no había tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión relativa al valor probatorio de documentos bancarios y ficheros contables los cuales, pese a existir constancia de que fueron sustraídos de forma ilegítima por un tercero, han sido determinantes en la apreciación probatoria. En ese sentido, cita pronunciamientos de máximas instancias judiciales de otros países en los que se ha abordado la problemática, los cuales -con unos u otros matices- coinciden en descartar el efecto contaminante y subrayan la legalidad de la fuente próxima de prueba -la entrega por las autoridades francesas- y rechazan la indagación remota del modo en que los agentes llegaron a obtener esos documentos: el Tribunal Supremo belga ha relativizado el alcance de la nulidad probatoria de documentos sustraídos por un particular, pues exige una ponderación de cada caso concreto, y señala que la solución ha de ser el resultado de balancear el derecho a un proceso justo y el principio de buena gobernanza, de suerte que sólo en aquellas ocasiones en las que el modo de obtención de la prueba se haya apartado de modo inaceptable de las reglas que definen la actuación de un gobierno respetuoso con la ley será obligada la exclusión de la prueba;⁶⁷⁹ el Tribunal Supremo francés se había pronunciado en el sentido de excluir de la valoración probatoria a efectos recaudatorios la información obtenida a raíz de un delito, si bien la Corte de Casación francesa ha resuelto en favor de la utilización de dichos documentos ya que existió contradicción en los debates del plenario y porque las autoridades francesas no intervinieron en los hechos ilícitos que luego posibilitaron su plena disposición por el tribunal de enjuiciamiento;⁶⁸⁰ la Corte de Casación italiana ha atribuido plena virtualidad probatoria a dichos documentos ya que forman parte de un mecanismo de cooperación judicial internacional así como por la falta de datos concretos acerca de los términos de la sustracción;⁶⁸¹ el Tribunal Constitucional alemán también se pronunció favorablemente -por lo que excluyó la ilicitud probatoria- y puso el acento en las pruebas válidamente generadas en el proceso a

⁶⁷⁹ Sentencia TS belga de 22 de mayo de 2015, *caso KB Lux*.

⁶⁸⁰ Sentencia Corte de Casación francesa de 27 de noviembre de 2013.

⁶⁸¹ Sentencias Corte de Casación italiana de 26 de septiembre de 2012 y 17 de abril de 2013.

raíz de una documentación que únicamente opera como *prius* para la incoación del proceso penal propiamente dicho, recordó que la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida sólo es imperativa en aquellos casos en que medie una seria, deliberada o arbitraria quiebra de las reglas del procedimiento que lleve a un sistemático olvido de las garantías constitucionales, por lo que destacó la necesidad de no fijar reglas generales y deberá ser cada caso concreto el que tenga que resolverse mediante un razonamiento específico.⁶⁸² Consideramos este caso de especial relevancia toda vez que el TEDH se pronunció sobre el mismo y negó cualquier vulneración del CEDH. En ese sentido, resolvió que el auto de entrada y registro por el que las autoridades germanas obtuvieron el material informático que permitió el acceso a los datos tributarios de los recurrentes era ajustado al principio de proporcionalidad, cuyo filtro se pudo superar por su conexión con la tutela de intereses colectivos y por el hecho de que la evasión fiscal suponga un grave delito para los intereses generales.⁶⁸³

Esta línea interpretativa de la ilicitud probatoria ha llevado al TS a huir de interpretaciones “rígidas, sujetas a reglas estereotipadas que impidan la adaptación al caso concreto” y, si bien recuerda la necesidad de excluir el valor probatorio de aquellas diligencias que vulneren el mandato prohibitivo del art. 11 LOPJ, ha señalado que “la acción vulneradora del agente de la autoridad es la que personifica el interés del Estado en el castigo de las infracciones criminales, lo cual nunca puede ser equiparado a la acción de un particular que -sin vinculación alguna con el ejercicio del ius puniendi- se hace con documentos que más tarde se convierten en fuentes de prueba que llegan a resultar, por una u otra circunstancia, determinantes para la formulación del juicio de autoría”; es decir, que el TS ha resuelto que si un particular desborda el marco jurídico que define la legitimidad del acceso a datos bancarios, como no lo hace en nombre del Estado, no rebasa el cuadro de garantías que define los límites constitucionales al acopio estatal de fuentes de prueba incriminatorias.

Por consiguiente, el TS ha señalado que la valoración de una fuente de prueba obtenida por un particular -con desconexión de toda actividad estatal y ajena en su origen a prefabricar pruebas-, es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 LOPJ y no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame; es decir, que el TS entiende que la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos

⁶⁸² Sentencia Tribunal Constitucional alemán de 9 de noviembre de 2010.

⁶⁸³ STEDH *caso K.S. y M. S. vs. Alemania*, de fecha 6 de octubre de 2016.

del Estado en la investigación del delito, ya que la prohibición de valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales cobra su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad absoluta en la comisión de un delito, pero no actúa como dicho mecanismo frente a un particular que cuando actuaba no pensaba en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior.⁶⁸⁴

En nuestra opinión, asistimos a una tendencia jurisprudencial del TS según la cual la prueba es cada vez menos ilícita y tiene mayor virtualidad probatoria en el proceso penal, lo cual consideramos que afecta de modo cada vez menos garantista a los individuos ya que efectúa una interpretación excesivamente flexible que desvirtúa y desnaturaliza la norma del art. 11 LOPJ, al diferenciar entre particulares y agentes policiales en la obtención del material probatorio ilícito, cuando lo sustancial es el origen ilícito de la prueba y no el sujeto que la aporta, lo que afecta de modo negativo a los individuos no sólo como parte sino también como objeto del proceso, y que tiene una manifestación negativa respecto de las reglas del debido proceso y especialmente en el derecho de defensa.

5.3) La doctrina de conexión de la antijuricidad: Especial referencia a la STC nº 81/1998, de 2 de abril.

Tanto por su interés teórico en la discusión doctrinal acerca del alcance y de la eficacia del efecto reflejo de la prueba ilícita y sus excepciones, las intervenciones telefónicas y el derecho al secreto de las comunicaciones, así como el destacable giro jurisprudencial existente en nuestros tribunales desde la incorporación de la denominada “teoría de la conexión de la antijuricidad” y sus consecuencias, ya que estas exigencias han sido reconducidas en la jurisprudencia del TC, parece necesario efectuar un análisis más detallado en este trabajo de investigación de la STC nº 81/1998, de 2 de abril, ya que si bien la han seguido otras posteriores, es

⁶⁸⁴ Tras la mencionada STS nº 116/2017, de 23 de febrero, se ha pronunciado el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la AN, Auto de fecha 28 de marzo de 2017 -caso *pen drive* familia Pujol-, y ha señalado que los documentos incorporados a la causa a través de ese soporte informático deben ser excluidos del procedimiento por haber sido obtenidos de forma ilícita, ya que “la exclusión de la prueba ilícita del material valorable por el órgano decisorio forma parte de las garantías del sistema constitucional y es una exigencia ética ligada a la fuente legitimante de la función jurisdiccional”, reglas que “cobran su genuino sentido como mecanismo de contención de los excesos policiales en la búsqueda de la verdad oculta en la comisión de cualquier delito”.

una resolución en la que la cuestión se trata con suma profundidad y aparato argumental.⁶⁸⁵

La prueba ilícita, con su inherente protección de los derechos fundamentales, tiene en nuestra opinión la defensa del propio orden constitucional, que es en realidad nuestra jerarquía superior en el sistema de derechos, y ello porque desde la anteriormente comentada STC nº 114/1984, de 29 de noviembre -la cual curiosamente reconocía la existencia de la garantía sin que, sin embargo, se hiciera mención alguna del efecto reflejo-, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que el fundamento de la misma reside en la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en la propia norma constitucional, superior al valor que deriva de la necesidad de búsqueda y descubrimiento de la verdad, lo cual tiene como consecuencia más inmediata que el descubrimiento de dicha verdad debe ceder antes aquella primacía constitucional, de conformidad con la plena efectividad de los derechos fundamentales. Corolario de lo anterior -como se ha visto-, es que los medios de prueba que se han obtenido con violación de derechos fundamentales son inválidos y no producen ni pueden producir efecto alguno en el proceso de forma automática, pues existe respecto a los mismos una prohibición absoluta de valoración.

Sin embargo, a partir de la STC nº 81/1998, de 2 de abril, se produce una importante alteración del orden constitucional previsto, pues para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación o conexión de causalidad entre la prueba original ilícita y la prueba derivada lícita, sino que además es necesaria la existencia de una “conexión de antijuricidad”, cuya apreciación pasará a depender de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, las de su resultado, así como de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud, es decir, lo que el TC denomina perspectivas interna y externa; es decir, que “para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializada en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos considerar externa, las

⁶⁸⁵ Sirvan, a modo de ejemplo, las STC nº 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer, y STC nº 238/1999, de 20 de diciembre, FJ 2º, Ponente Magistrado D. Pablo Cachón Villar.

necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por la necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.”⁶⁸⁶

El planteamiento aceptado es el siguiente: aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución española instaure, exige que los actos que los vulneran carezcan de eficacia probatoria en el proceso.⁶⁸⁷

Ahora bien, para determinar si la valoración de una prueba que tiene su origen en una inconstitucional intervención de las comunicaciones telefónicas vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías es preciso considerar conjuntamente el derecho fundamental sustantivo y sus límites constitucionales, pues es cierto que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades.⁶⁸⁸

Así, tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto

⁶⁸⁶ STC nº 81/1998, de 2 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

⁶⁸⁷ Tal y como pone de manifiesto la ya comentada STC nº 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 2º y 3º, Ponente Magistrado D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, a la que se ha hecho referencia con anterioridad.

⁶⁸⁸ STC nº 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6º, Ponente Magistrada Dª. Gloria Begué Cantón, si bien esta resolución cuenta con el Voto Particular discrepante del Magistrado D. Fernando García-Mon y González-Regueral.

éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como “fundamento del orden político y de la paz social”.

En este orden de cosas, especial relevancia adquiere el interés, del todo legítimo desde la óptica constitucional, en la averiguación y castigo de los delitos graves, cuya defensa encomienda específicamente el art. 124.1 CE al Ministerio Público,⁶⁸⁹ y es que solamente a partir de esa doble consideración se podrá llegar a determinar si el proceso penal en el que se haya valorado una prueba obtenida a partir de una intervención telefónica acordada contraviniendo las exigencias del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 del texto constitucional, ha sido o no desde la perspectiva constitucional un “proceso justo”.⁶⁹⁰

Luego la presunción de inocencia -en su vertiente de regla de juicio- opera en el ámbito de la jurisdicción ordinaria como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías; ahora bien, puesto que la jurisdicción constitucional no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en su función exclusiva *ex art. 117.1 del texto constitucional*,⁶⁹¹ sólo accede a ella cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, puede inferirse la culpabilidad;⁶⁹² por consiguiente, la presunción de inocencia, como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse a la vez en canon de validez de las pruebas: dicho canon ha de venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías.

⁶⁸⁹ STC nº 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7º, Ponente Magistrado D. Francisco Rubio Llorente, y STC nº 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra.

⁶⁹⁰ STEDH, *caso Schenk vs. Suiza*, de fecha 12 de julio de 1988.

⁶⁹¹ Lo que ha puesto reiteradamente de manifiesto el TC. Sirvan, a modo de ejemplo, la STC nº 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Ángel Latorre Segura; STC nº 63/1993, de 1 de marzo, FJ 5º, Ponente Magistrado D. Carles Viver Pi-Sunyer, y STC nº 244/1994, de 15 de septiembre, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Álvaro Rodríguez Bereijo.

⁶⁹² Lo que ha puesto reiteradamente de manifiesto el TC. Sirvan, a modo de ejemplo, la STC nº 31/1981, de 28 de julio, FJ 3º, Ponente Magistrada Dª. Gloria Begué Cantón, así como STC nº 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

A partir de dichas premisas, podemos afirmar que al valorar las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; ahora bien, si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes, podrá suceder que habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte finalmente infringida.

Así, continuando con este hilo argumental, todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se halla incurso en la prohibición *ex art.* 24.2 CE. Sin embargo, en supuestos excepcionales el TC ha venido admitiendo que las pruebas de cargo se hallaban naturalmente enlazadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, siendo jurídicamente independientes del mismo y, en consecuencia, han sido reconocidas como aptas y válidas para enervar la presunción de inocencia.⁶⁹³

Por consiguiente, desde un punto de vista intrínseco, las pruebas reflejas pueden considerarse constitucionalmente válidas; por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, es decir, deberá establecerse un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas -la denominada conexión de antijuricidad-. En la presencia o ausencia de esa conexión reside, por tanto, la “ratio” de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.⁶⁹⁴

Y ese juicio para valorar detenidamente la existencia o ausencia de la conexión de antijuricidad se obtiene, desde un punto de vista interno, determinando diversos aspectos: por una parte, la índole y características de la vulneración del derecho materializada en la prueba originaria; a su vez, su resultado, con el fin de poder determinar si su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida

⁶⁹³ STC nº 86/1995, de 6 de junio, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, y STC nº 54/1996, de 26 de marzo, FJ 9º, Ponente Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra.

⁶⁹⁴ STC nº 81/998, de 2 de abril, FJ 4º, Ponente Magistrado D. Tomás S. Vives Antón.

por derivación de aquélla y desde un punto de vista externo; y finalmente, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho vulnerado exige. Como vemos, en realidad nos encontramos ante una nueva dimensión de la relativización de la regla de ineficacia que ha alterado sustancialmente el panorama de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida que, lógicamente, no podía pasar desapercibida en la doctrina, que ha criticado que dicha sentencia introduce un juicio de ponderación no objetivado y generalista, creador de inseguridad, pues hace depender del resultado obtenido la vulneración o no del derecho al proceso con todas las garantías, que en definitiva se ve menguado por esta resolución del TC.⁶⁹⁵

Así, de conformidad con esa doctrina jurisprudencial expuesta, que supone el establecimiento de un enlace jurídico entre una prueba y otra de tal manera que, declarada la nulidad de la primera, se produce en la segunda una conexión que impide que pueda ser tenida en consideración por el Tribunal sentenciador a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado, el TC ha alterado la propia naturaleza de la garantía para que, de ese modo, se pueda dar cabida a nuevas excepciones o exclusiones de la prueba ilícita; o dicho de otro modo, de conformidad con dicha resolución se rompe con el anterior razonamiento y se señala que el derecho fundamental en juego es el derecho a un proceso con todas las garantías.

La doctrina ha criticado la conexión de la antijuricidad como “modificación del tradicional anclaje constitucional”, “prolijo razonamiento”, y ha señalado que el razonamiento se ha efectuado de forma “poco meditada”, ya que el TC ha actuado con la excusa de que cuando se valora una prueba ilícita, por ese solo hecho, ya se lesiona el mencionado derecho fundamental procesal. Así, no se comparte el postulado del TC cuando afirma que el mismo se equivocó de plano con su planteamiento pues, de ser cierta la tesis propugnada, acabaría con la interacción subsidiaria existente entre la jurisdicción ordinaria y el propio TC cuando se trata de tutelar los derechos fundamentales procesales.⁶⁹⁶

⁶⁹⁵ BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional: El proceso penal*, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 304.

⁶⁹⁶ DÍAZ CABIALE, J.A., y MARTÍNEZ MORALES, R., “La teoría de la conexión de antijuricidad”, *Revista Jueces para la Democracia* nº 43, Madrid, marzo 2002, p. 40. Sobre esta cuestión, de los mismos autores, cfr. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

Según este planteamiento, parece que se produce un auténtico giro o replanteamiento en la tradicional relación existente entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en todo lo que concierne al control de los derechos fundamentales procesales, pues cuando el TC afirma que, por el mero hecho de que sea utilizada en un proceso penal una prueba ilícita ya se está lesionando un derecho fundamental procesal (el derecho a un proceso con todas las garantías), parece olvidar la exigencia que dicho Tribunal había establecido para admitir la existencia de un derecho fundamental procesal menoscabado, y que no es otro que la indefensión, es decir, la trascendencia de la conducta procesal concreta en el resultado del proceso; por consiguiente, la mera posibilidad de que una prueba ilícita sea valorada no supondría la lesión de ningún derecho fundamental procesal, sino que el mismo se vulneraría cuando dicho medio probatorio tuviese trascendencia en el resultado del proceso, lo cual ya estaría contemplado en el contenido de la presunción de inocencia.

En definitiva, a partir de la STC nº 81/1998, de 2 de abril, cuando el TC considera excesiva la exclusión de todas las pruebas ilícitas, y opta por recortar el alcance de la garantía, lo que tiene como consecuencia práctica más directa el hecho de que se amplía el campo de aplicación de la excepción, reduciéndose de forma correlativa el ámbito de operatividad de la regla de exclusión; pero claro, la cuestión que se plantea entonces es cómo se puede plantear dicho recorte. En opinión de la doctrina, sólo se puede llevar a cabo si se altera la naturaleza misma de la garantía, y ello debido a la formulación taxativa, absoluta y cerrada que de su contenido se había hecho hasta ese momento.⁶⁹⁷

En ese sentido, la esencia de la teoría de la conexión de antijuricidad sería la siguiente: si se ha puesto de manifiesto que los derechos fundamentales no son absolutos, nos parece cuestionable sostener que la exclusión de las pruebas ilícitas sí puedan serlo. Bien, pues parece que puede y debe haber excepciones, pues siempre que partamos de la base de un valor con trascendencia constitucional como es el hecho de la búsqueda de la verdad, ello debe ser tenido en cuenta para poder reformular la garantía. Así, se consolida la existencia de la excepción cuando la

⁶⁹⁷ DÍAZ CABIALE, J.A., y MARTÍNEZ MORALES, R., “*La teoría de la conexión de antijuricidad*”, op. cit., p. 41, quienes sostienen la existencia de una cierta presión social que exigía reformular la naturaleza de la garantía para dar cabida a ciertas excepciones, para lo cual el Tribunal Constitucional abordó la cuestión por el flanco de la garantía más débil: el efecto reflejo o las pruebas ilícitas indirectas, pues consideran los autores que al Tribunal le hubiera parecido excesivo acordar, de repente, la admisión de pruebas ilícitas directas.

lesión del derecho fundamental y el medio de prueba existente en el proceso que intenta hacerse valer sean independientes entre sí, lo cual como sabemos sólo sucede en la casuística de las pruebas ilícitas indirectas, no en el caso de las pruebas directas.

La doctrina ha señalado diversas objeciones a este planteamiento.⁶⁹⁸

a) Por una parte, la pérdida de visión de la naturaleza procesal de la garantía constitucional. En ese sentido, la doctrina percibe en el razonamiento del TC la silenciosa trasposición de la dogmática norteamericana en esta materia. En el inicio, cuando se refiere al carácter no absoluto de los derechos fundamentales, indudablemente se está pensando en los derechos fundamentales sustantivos -por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio- y no en los derechos fundamentales procesales, lo que hace degradar la garantía: se le niega su naturaleza de garantía constitucional procesal y se la convierte en un mero apéndice rituario al servicio de los derechos fundamentales de carácter sustantivo.

b) El argumento de que los derechos fundamentales no son absolutos en modo alguno implica que la garantía deba estar sometida a ningún tipo de excepción. En este aspecto, la crítica viene definida porque el hecho de que los derechos fundamentales sustantivos no gocen de carácter absoluto y puedan ser restringidos, no es predicable tal cual a los procesales, pues el TC hace una tabula rasa cuando, en realidad, se trata de dos realidades muy diferentes; es decir, no es que los derechos fundamentales no puedan estar sometidos a restricciones -por ejemplo, el derecho a un proceso público-, sino que eso sólo ocurre de forma muy extraordinaria. Pensemos, por ejemplo, en el derecho al juez predeterminado por la ley, o al derecho a guardar silencio y trátese de buscarles excepciones. Pero, aun cuando asumiéramos la tesis del TC y se aceptase la formulación de excepciones a la garantía con el razonamiento que el mismo utiliza, nos encontraríamos con supuestos en los que sería imposible aceptar y dar cabida a las excepciones, por la sencilla razón de que el referente utilizado para ello por el Tribunal no admite restricción alguna. Por ejemplo, si la garantía se activa como consecuencia de la conculcación de un principio constitucional no restringible, como puede ser el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 de la CE.⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ DÍAZ CABIALE, J.A., y MARTÍNEZ MORALES, R., *“La teoría de la conexión de antijuricidad”*, op. cit., p. 43.

c) La insuficiencia de la verdad como criterio restrictivo de los derechos fundamentales. Aquí se critica esta construcción teórica recordando que cuando no existen razones jurídicas de peso para formular restricciones de un derecho fundamental, reaparecen de forma indefectible viejos argumentos como la seguridad ciudadana, la búsqueda de la verdad, etc., los cuales rebrotan con rejuvenecido vigor, y se redescubre su “trascendencia” constitucional. En ese sentido, no es que se niegue que semejantes valores sean indiferentes en el plano constitucional, sino que no tienen intensidad suficiente para poder convertirse, ni más ni menos, que en genéricos criterios restrictivos de los derechos fundamentales. A modo de ejemplo, se cita que a nadie se le ocurre plantear el criterio de la búsqueda de la verdad, ni siquiera en el caso de los derechos fundamentales sustantivos que admiten restricciones más evidentes -por ejemplo la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la CE, para justificar el correspondiente acto restrictivo. De hecho, en la construcción dogmática de los elementos necesarios para dar cumplida cabida al acto restrictivo no aparece la búsqueda de la verdad junto a los consabidos principios de indicios, de proporcionalidad, de legalidad y de reserva judicial, pues hablamos de planos o secuencias distintas. Y vayamos más lejos todavía: si eso es así en el caso de los derechos fundamentales sustantivos, cuyas legítimas restricciones sostienen la crítica doctrinal estar fuera de toda duda, el valor que tiene como elemento restrictivo la búsqueda de la verdad cuando se contrapone a un derecho fundamental procesal, que no es otro sino ninguno, máxime cuando hablamos de un moderno Estado de Derecho que incorpora un concepto de tutela judicial efectiva como el que existe en el nuestro. Así, en sede de los derechos fundamentales procesales, la inutilidad de la búsqueda de la verdad parece evidente como elemento restrictivo de los mismos, por lo que tampoco parece que sirva de ayuda para el legislador. Por ello, la pretendida trascendencia constitucional procesal de la búsqueda de la verdad supondría la inconstitucionalidad de cualquier modelo procesal que instaurase como valor la neutralidad del juez.

d) La falacia de la independencia del medio de prueba respecto de la lesión del derecho fundamental lesionado, donde la doctrina parte de la base de asumir que el TC tuviese razón para efectuar su crítica: supongamos que hacemos desaparecer del panorama la garantía constitucional procesal y quedémonos sólo con el derecho fundamental sustantivo lesionado -claro está que se ignora que a veces puede ser uno de naturaleza procesal-. Ante tal premisa, si comparamos el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con la declaración del policía testigo

⁶⁹⁹. DÍAZ CABIALE, J.A., y MARTÍNEZ MORALES, R., “*La teoría de la conexión de antijuricidad*”, op. cit., pp. 43 y 44.

que aprehendió el alijo de droga, cuya existencia conoció con menoscabo del derecho reconocido en el art. 18.3 de la CE. Como señala el TC, son independientes, por lo que las puntualizaciones se dirigen en el siguiente sentido: Obviamente, el TC no se refiere a que estén desconectados del plano de la causalidad -que el medio de prueba derive indirectamente de la lesión-, sino que cuando proclama el criterio de la independencia jurídica lo que pone de manifiesto es que cuando depone el testigo -prueba indirecta- hay una desconexión tal con la lesión del art. 18.3 de la CE que esa declaración testifical no supone volver a menoscabar el derecho al secreto de las comunicaciones. Si asumimos que ello es cierto, el TC parece confundir los planos: el extraprocesal, la realidad material, y el procesal. Y ello porque el proceso no consiste en la trasposición de la realidad material tal cual ante el órgano jurisdiccional, sino que se crea una nueva relación de la que surgen nuevas situaciones jurídicas y actos completamente diversos a los preexistentes a su inicio. O dicho de otro modo, si a lo largo de la búsqueda de las fuentes de prueba se ha menoscabado un derecho fundamental existente en la realidad material, la aportación de la fuente de prueba al proceso y, en su caso, la utilización del medio de prueba no supone perpetuar la lesión del derecho fundamental primigenio. Así, la fuente y el medio de prueba utilizados en el proceso ya no lesionan el derecho fundamental que se menoscabó para obtenerlos. Por ello, el criterio de la independencia jurídica de las pruebas indirectas llega a ser calificado de “quimera”, pues constata algo que se podría utilizar igualmente en el caso de las pruebas directas, cosa que curiosamente no hace el TC.

e) La limitación artificiosa de las excepciones admisibles, y ello porque para que el TC no otorgase admisión a todas las pruebas ilícitas indirectas, y eliminase por consiguiente de modo absoluto el efecto reflejo, utilizó los criterios de perspectiva interna y externa. La perspectiva interna no es más que la formulación de la excepción del descubrimiento inevitable, en palabras de los autores, a la que se añadiría *a posteriori* la del nexo causal atenuado, fundamentalmente en el caso de las confesiones. De tal suerte, el TC se vio forzado a efectuar alambicados razonamientos para permitir la permanencia en el proceso de los hechos resultantes de la lesión del derecho fundamental y para ello argumenta -por ejemplo- que aunque el registro efectuado fue nulo y nada de lo allí descubierto tiene cabida en el proceso, sin embargo el hecho de que se descubriera sustancia estupefaciente sí cabe tomarlo en consideración para que la confesión que versa sobre la misma pueda ser admitida, naciendo así la curiosa distinción entre el plano fáctico y el jurídico. El plano jurídico es el que conllevaría la expulsión del proceso de las piezas de convicción halladas -la droga, o el que impide que el policía que practicó el

registro deponga en acto de juicio, etc.; mientras que el plano fáctico consistiría en el hecho de que si en el registro se encontró droga, ello puede permanecer y permanece en el proceso, habilitando de ese modo la confesión que versa sobre la misma. En ese sentido, ver la STC nº 149/2001, de 27 de junio, cuando manifiesta que “Sin embargo, lo hallado en un registro verificado con vulneración de la inviolabilidad del domicilio no ha de tenerse por inexistente en la realidad y puede ser incorporado de forma legítima al proceso por otros medios de prueba. En particular, la declaración del acusado, en la medida en que ni es en sí misma contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria o al derecho al proceso con todas las garantías, ni es el resultado directo del registro practicado, es una prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria”. A su vez, desde la perspectiva externa, hay que atender al derecho fundamental sustantivo y la necesidad de su tutela, evitando de ese modo que las excepciones lo mermen en demasía, o dicho de otro modo, hay que examinar detalladamente la concreta lesión, por ejemplo, de la inviolabilidad del domicilio para dilucidar si la excepcional admisión de la prueba ilícita indirecta no afecta demasiado al contenido de ese derecho fundamental y a su necesidad de tutela. Para ello, hay una objeción elemental: si el TC señaló que la prueba indirecta era independiente jurídicamente de la lesión, entonces no se entiende que la admisión de la misma pueda repercutir en el contenido del derecho, aunque sea de forma indirecta.⁷⁰⁰

Efectuadas estas críticas, lo cierto es que tras la STC nº 81/1998, de 2 de abril, y su teoría de la conexión de la antijuricidad, cambió notablemente el anterior panorama que el alto Tribunal había formulado en materia de derechos fundamentales procesales, especialmente en lo relacionado con el principio de presunción de inocencia y la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita. No obstante, y a pesar de que los postulados esenciales de la doctrina sobre la conexión de antijuricidad se mantienen en la actual jurisprudencia de nuestro país, curiosamente la misma no es del todo pacífica y puntualmente se dictan resoluciones por parte de nuestros tribunales en las que se contradice esta doctrina, ya que se considera que puede vaciar de contenido efectivo el art. 11 de la LOPJ, lo que abre la posibilidad de recortar discrecionalmente la eficacia invalidante de la prueba ilícita.⁷⁰¹

⁷⁰⁰ STC nº 149/2001, de 27 de junio, FJ 6º, Ponente Magistrada Dª. María Emilia Casas Baamonde.

⁷⁰¹ STS nº 58/2003, de 22 de enero, seguida, entre otras, por la STS nº 498/2003, de 24 de abril.

6. Procedimiento para la declaración de la ilicitud: tratamiento procesal.

Nos encontramos ante una cuestión de importante trascendencia en la que no existe unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia en el establecimiento de reglas generales respecto del momento en el que es posible denunciar o declarar la exclusión de una prueba o elemento probatorio ilegítimamente obtenido.

La doctrina ha señalado que si el tratamiento procesal de la prueba ilícita tiene lugar en la fase investigadora, la consecuencia será la exclusión absoluta del proceso, de manera que el órgano juzgador no conocerá de su existencia. Si no es así o negándose tal radicalidad, podrá examinarse al inicio del juicio o al dictar sentencia; en el primer supuesto aún cabría su exclusión; en el segundo, los efectos se limitan a no poder ser valorada para fundamentar una condena.⁷⁰²

En cualquier caso, la cuestión relativa al tratamiento procesal de la ilicitud probatoria pone de manifiesto la existencia de dos criterios y opiniones contrapuestos: por una parte, se defiende la idea de que la exclusión debe producirse lo antes posible, con el objeto de evitar los posibles perjuicios derivados de su conocimiento; y de otra, quien considera que corresponde a la fase de juicio oral el conocimiento completo de lo acontecido en la fase previa de investigación, ello en aras a la plena garantía jurisdiccional así como al completo ejercicio del derecho de defensa.

Ahora bien, lo que parece pacífico sostener es que la normativa que prevé la “ineficacia” de los medios de prueba ilícitos parece ser muy explícita a la hora de afirmar dicho término, por lo que de algo aseverado con tal rotundidad no parece lógico que podamos desprender consecuencia diferente a la necesidad de que se aprecie de forma inmediata la ilicitud, una vez confirmada, así como su posterior exclusión del procedimiento.

Por ello, si se tiene en cuenta que se trata de la vulneración de un derecho fundamental podría sostenerse que la nulidad se puede hacer valer en cualquier momento, esto es, durante la instrucción, la fase intermedia o una vez abierto el juicio oral, toda vez que las garantías constitucionales se extienden a todas las fases del proceso, postura en nuestra opinión del todo razonable y argumentada en la

⁷⁰² ARMENTA DEU, T., “La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)”, *Revista Ius et Praxis*, Volumen 13 n° 2, Talca (Chile), 2007, p. 358.

línea planteada por la doctrina.⁷⁰³ Esto es claro a la vista del art. 11.1 de la LOPJ -ya visto-, así como de que en nuestro ordenamiento jurídico los actos procesales son nulos de pleno derecho cuando se prescinda de normas esenciales de procedimiento siempre que -por esa causa- haya podido causarse indefensión, la nulidad puede declararse de oficio o solicitarse a instancia de parte desde el momento en que se aprecie la vulneración del derecho; así, el Juez de Instrucción podría declarar de oficio o a instancia de parte la nulidad de una intervención telefónica si constata que ha sido practicada de forma manifiestamente ilegal, sin tener que esperar para su reparación hasta la fase del juicio oral.⁷⁰⁴ Incluso una parte de la doctrina considera que una vez conocido el defecto, debe plantearse su nulidad con eficacia inmediata, a través de cualquier recurso posible o, en su defecto, de manera directa, por lo que sostiene, en definitiva, que si se tiene conocimiento de la ilicitud de una prueba, parece complejo aceptar que la misma deba mantenerse en el proceso y no la excluya del mismo para evitar que pueda producir efectos lo antes posible.⁷⁰⁵

También se pronuncia la Fiscalía General de Estado a favor de que la ilicitud probatoria se evidencie de forma inmediata, en su Circular nº 1/1999, de 19 de diciembre, cuando señala que “el Fiscal hará todo lo posible para que por el órgano judicial se declare la nulidad de esa actuación y para que tal declaración de nulidad tenga lugar lo antes posible, recobrando así su plena vigencia el derecho fundamental injustamente conculcado”, si bien la cuestión de la posibilidad de que las acusaciones -entre ellas el Ministerio Fiscal- puedan invocar la vulneración de los derechos fundamentales no es pacífica en la doctrina.⁷⁰⁶

Otros autores entienden que, durante la instrucción, la impugnación debe llevarse a cabo a través de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, y en el caso de que éstos no existan o sean inadecuados las partes

⁷⁰³ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., en *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011, p. 266 cita a PAZ RUBIO, MENDOZA MUÑOZ, OLLE SESÉ Y RODRÍGUEZ MORICHE, *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los Tribunales*, op. cit., p. 249; señalando del mismo modo la autora que no se contempla, dentro de los procedimientos previstos en la LECrim., un cauce satisfactorio para plantear la cuestión de nulidad.

⁷⁰⁴ Arts. 238.3 y 240 LOPJ.

⁷⁰⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Las intervenciones telefónicas*, op. cit., p. 459.

⁷⁰⁶ Por su interés, Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La legitimación de la acusación en relación con los derechos fundamentales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 334, marzo de 1998.

podrán provocar una declaración de nulidad de oficio sugiriendo al Juez que la declare al amparo del artículo 240.2 de la LOPJ.⁷⁰⁷

Frente a las posiciones expuestas, otro sector de la doctrina ha sostenido que el momento para discutir la admisibilidad de un elemento probatorio es el juicio oral, pues si se permite su resolución en la instrucción, se priva al Tribunal juzgador de la posibilidad de pronunciarse sobre las pruebas que han de tener eficacia en el juicio oral;⁷⁰⁸ ahora bien, se ha llamado la atención sobre el hecho de que no se trata de nulidad de un medio de prueba, que aún no se ha practicado, sino de una ilicitud en la obtención de una fuente de prueba, que son cosas diferentes.⁷⁰⁹

En cualquier caso, lo que no ofrece discusión es la posibilidad de plantear la vulneración de algún derecho fundamental o nulidad de actuaciones en acto de juicio oral, de conformidad a lo dispuesto en el art. 786.2 de la LECrim.,⁷¹⁰ lo cual consideramos que aunque quizás no satisfaga a muchos teóricos, cuando menos desde la vertiente práctica de los procedimientos penales es garantista, puesto que siempre permite invocar la violación de algún derecho fundamental en el propio acto de juicio oral, pudiendo ser sometido el debate a contradicción por las partes hasta la resolución por parte del Tribunal, sea en ese momento o posteriormente en sentencia, trámite en donde desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial tampoco encontramos acuerdo, pues en un principio, la jurisprudencia exigió al órgano jurisdiccional una inmediata respuesta sobre la vulneración del derecho fundamental alegado.⁷¹¹ Así lo entiende parte de la doctrina cuando señala que la cuestión debe plantearse como cuestión previa al inicio de la vista del juicio oral y resolverse de forma oral en el mismo acto, sin deferir la decisión a la sentencia, lo que permite salvaguardar, de ese modo, el proceso penal de conductas y situaciones perjudiciales para el acusado y para el fin mismo del proceso, ya que

⁷⁰⁷ URÍA MARTÍNEZ, J. F., *Intervenciones telefónicas. Aproximación al estado de la cuestión*, op. cit., pp. 264-265.

⁷⁰⁸ MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, op. cit., p. 262.

⁷⁰⁹ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, op. cit., p. 651.

⁷¹⁰ Art. 786.2 LECrim, según redacción dada por Ley nº 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, y que exige al juez resolver en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas, lo que hemos de señalar que en multitud de ocasiones no se produce y resuelve finalmente en sentencia.

⁷¹¹ STS de 6 de marzo de 1995.

éstas son las reglas propias de un acto oral y concentrado.⁷¹² Incluso se aporta el argumento de la existencia de los indeseables efectos de postergar la resolución al momento de dictar sentencia, dada su indudable influencia perturbadora mientras se desarrolla el proceso, condicionándolo, hasta el punto de hablar de un efecto subliminal en el ánimo del juzgador.⁷¹³

No obstante, la jurisprudencia ha permitido que la vulneración del derecho fundamental fuera resuelta al iniciarse el juicio o aplazarse hasta el momento de dictar sentencia, si hubiere causa objetiva suficiente.⁷¹⁴

Finalmente, parece necesario señalar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras disposiciones que regulan de la cuestión: por una parte, por vía de derecho supletorio encontramos una mención en la LEC, que recoge la posibilidad de que cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales podrá alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes, cuestión que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, y se resolverá en el acto de juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba;⁷¹⁵ por otra parte, en casos para los cuales es aplicable la LOTJ, cuando en sede de planteamiento de cuestiones previas las partes podrán alegar la vulneración de algún derecho fundamental, así como en cuando en sede de Instrucciones a los jurados el Magistrado-Presidente podrá hacer alusión sobre la necesidad de que no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él.⁷¹⁶

En definitiva, tal y como ha señalado la doctrina, lo que parece imprescindible es que existan mecanismos procesales -al margen del momento procesal oportuno para denunciar la ilicitud- que traten de impedir la incorporación al

⁷¹² MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, op. cit., pp. 315-324.

⁷¹³ CARMONA RUANO, M., "De nuevo la nulidad de la prueba: ¿Es indiferente el momento en que pueda declararse?", *Revista Jueces para la Democracia* nº 25, Madrid, 1996, pp. 95 y ss.

⁷¹⁴ STS de 7 de abril de 1995.

⁷¹⁵ Art. 4 LEC en relación con art. 287 LEC, según redacción dada por Ley nº 1/2000, de 7 de enero.

⁷¹⁶ Art. 36.1.b) y art. 54.3 de la LOTJ, LO nº 5/1995, de 22 de enero.

proceso de aquellas pruebas obtenidas ilícitamente, de modo que permitan evitar los efectos perturbadores que ocasionaría su admisión y práctica en el proceso.⁷¹⁷

7. Flexibilización de garantías y prueba ilícita: ¿Intervención telefónica como Derecho penal del enemigo?

7.1) Derecho penal del enemigo: una breve explicación.

El evidente auge de la criminalidad organizada en el mundo occidental, su relevancia política y social, con gran repercusión en los medios de comunicación, hace que los diversos sistemas penales se blinden llevando a cabo una auténtica anticipación de las barreras de incriminación ante el panorama político-criminal global existente en este momento.

De hecho, si podemos sostener que se está produciendo una expansión tanto cuantitativa como cualitativa del ordenamiento penal, observaremos sin ningún género de dudas que lo que antes estaba sólo en boca de los operadores jurídicos y juristas investigadores, ahora parece que interese a todos; es decir, asistimos a un proceso de cambio de la relevancia del ordenamiento penal y su funcionamiento en la opinión pública y medios de comunicación.

En ese sentido, si procedemos al estudio de las construcciones globales para describir la evolución y regulación político-criminal de este tipo de conductas delictivas, parece que en estas regulaciones encontramos la figura del “Derecho penal del enemigo”, un modo de anticipar las barreras punitivas tanto en la legislación y normativa vigente aplicable como en la práctica procesal del derecho penal.

La cuestión que se plantea es si se está produciendo una intervención de comunicaciones telefónicas de forma desproporcionada, rozando la arbitrariedad de los poderes públicos -de modo contrario al ordenamiento jurídico-; es decir, si se considera a los ciudadanos -o a algunos de ellos- como miembros de la sociedad o bien integrantes de la misma pero como “enemigos” del ordenamiento jurídico y, por tanto, elementos permanentemente susceptibles de control.

⁷¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004, p. 146

En cuanto a la delimitación de su concepto, parece pacífico poder sostener que la denominación del concepto del “Derecho penal del enemigo” se debe al jurista alemán GÜNTHER JAKOBS, quien defiende su existencia en la ponencia titulada “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” en un Congreso de penalistas alemanes celebrado en Frankfurt am Main en el año 1985.⁷¹⁸ Según dicho autor, el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos:

En primer lugar, constata un amplio adelantamiento de la punibilidad. A diferencia de la habitual perspectiva del ordenamiento jurídico-penal retrospectiva -el punto de referencia para valorar la calificación penal de una conducta es, precisamente, el hecho cometido-, en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva; es decir, el punto de referencia es el hecho futuro, por lo que no se penan únicamente los delitos cometidos sino también los actos preparatorios de futuros hechos delictivos.

En segundo lugar, afirma que las penas previstas son desproporcionadamente altas en comparación a otras; por consiguiente, la anticipación de la barrera de punición parece que no sea tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada.

En tercer lugar, señala que determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas en los procesos; es decir, sostiene que las debidas garantías y derechos de los individuos se perciben como obstáculos que impiden la adecuada protección frente a los “enemigos”.

La doctrina ha señalado -con acierto en nuestra opinión- que la cuestión relativa al Derecho penal del enemigo no es exclusiva del derecho penal sustantivo, sino que se ven implicados aspectos de derecho procesal y constitucional, por lo que el debate alcanza a presupuestos filosófico-jurídicos en su propia fundamentación.⁷¹⁹

⁷¹⁸ JAKOBS, G., “*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*”, en ZStW 97 (1985), pp. 751 y ss. Traducción PEÑARANDA RAMOS, E., en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

⁷¹⁹ PÉREZ DEL VALLE, C., “La fundamentación iusfilosófica del derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 10-03, www.criminet.ugr.es, febrero 2008, p. 03:2. Fecha última consulta 23 de marzo de 2017.

El debate doctrinal respecto de esta cuestión es amplio y no han faltado voces críticas con las tesis sostenidas por JAKOBS, como cuando otro autor manifiesta que “prescindiendo de que tal concepción difícilmente se pueda mover hoy en el terreno de nuestro orden constitucional, centrado en la dignidad humana, es más preocupante que pueda conceder a futuros regímenes injustos una legitimación teórica, piénsese sólo en la propagación masiva de las tesis jakobsianas en el ambiente latinoamericano”.⁷²⁰

Con independencia del posible debate sobre si JAKOBS se refería a una constatación de la realidad o bien pretendía darle una justificación, parece que la esencia del Derecho penal del enemigo está en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos que considera especialmente peligrosos por algún motivo, y la coexistencia -como hemos visto- de la imposición de severas penas privativas de libertad con lo que podríamos denominar una cierta “flexibilización” tanto de los principios político-criminales como de las reglas de imputación, lo cual ha desatado una fuerte y acalorada polémica, pues viene a ser como sostener que para el poder del Estado no todos los ciudadanos son personas con unos mismos derechos legítimos, sino que están las personas y los “enemigos”, los cuales -sean agresores sexuales reincidentes, narcotraficantes o terroristas-⁷²¹ gozan del “privilegio” de que se puede penar su conducta en etapas previas a la lesión, con el teórico fin de proteger a la sociedad en su conjunto, lo que supone la quiebra de la relación lógica y tradicional existente entre pena y culpabilidad; es decir, se sanciona la conducta de un sujeto al que se tilda de peligroso o enemigo en una etapa muy anterior a la comisión de un hecho delictivo, sin esperar una lesión posterior tardía. Así, se sanciona “previamente” la conducta y la peligrosidad del sujeto, y no sus actos, por lo que el Estado -a través de este instrumento- no habla o se pone en contacto con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus “enemigos”.

⁷²⁰ AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Traducción de Ezequiel Malarino, Mastergraf, Uruguay, 2005, p.57, el cual continúa señalando que “se trata de ser conscientes y estar atentos frente a la peligrosidad intrínseca de una concepción que, por su mismo autor, de un mero instrumento de análisis crítico del estado del derecho penal fue radicalizada y convertida a una concepción que no se limita más a la mera descripción sino que, más bien, postula y exige la exclusión y marginalización de los enemigos del sistema (dominante), con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario. Esta vuelta de la concepción de Jakobs del derecho penal del enemigo ni siquiera por todos sus discípulos (...) y no puede ser defendida invocando simplemente los méritos de la concepción global del citado pensador. En fin, lo que merece ser criticado en la nueva posición de Jakobs es su ambigüedad hasta en la utilización de ciertos términos, una ambigüedad que sí puede dar lugar a abusos”.

⁷²¹ Por su interés, Cfr. JAÉN VALLEJO, M., AGUDO FERNÁNDEZ, E. y PERRINO PÉREZ, Á.L., *Terrorismo en el siglo XXI (La respuesta penal en el escenario mundial)*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 19 y ss.

En cuanto al concepto de “enemigo”, el legislador no define ni recoge en su derecho positivo el concepto funcionalista de enemigo. Así, el de “enemigo” es un concepto normativo jurídico-penal, acuñado y desarrollado en el terreno o campo de la ciencia penal y con un preciso contenido dogmático, pues lo cierto es que la noción científico-dogmática de enemigo viene de la mano y sin posibilidad de desvincularse de la realidad normativa, e incluso debemos ponerla en conexión con anterioridad con lo que podríamos denominar como la legislación penal de la realidad; esto es, en el modo de combatir la delincuencia o criminalidad organizada, auténtico fenómeno en auge en las sociedades occidentales modernas y en el resto del mundo, así como en la lucha contra delitos especialmente peligrosos o violentos.

Por tanto, toda vez que hemos señalado que no existe una definición legal u oficial de qué sea “enemigo desde el punto de vista penal” -pues el concepto no se agota como tal-, debemos trabajar en la línea del sistema de presunciones o indicios en sede de las normas reguladoras de la criminalidad especialmente peligrosa para poder determinar qué rasgos, elementos o circunstancias son los que el legislador asocia como idóneos de mayor lesividad social, en aras a vincular dichas circunstancias con la necesidad de un combate penal más contundente y asegurativo para el bienestar social.

En ese sentido, la doctrina más cualificada ha señalado que “Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide *motu proprio* autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose o, por mejor decir, despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos (“personas en Derecho”)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y –en consecuencia- la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma”.⁷²²

⁷²² POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, p.192.

Efectuada una descripción inicial del concepto de “enemigo”, existen una serie de características propias o elementos configuradores de dicho término: Como no se trata de una denominación o vocablo escogido aleatoriamente o al azar, la doctrina ha señalado que se trata de una categoría científica⁷²³ -elemento característico de cientificidad-, un concepto coherente en el seno de una semántica más amplia propia de la teoría de los sistemas sociales, en todo caso adaptada como categoría científica por el funcionalismo jurídico-penal.⁷²⁴

Por consiguiente, la noción “enemigo” sería correlativa a los conceptos de “persona” e “individuo”, sin asemejarse desde esta perspectiva a las nociones puramente naturalísticas del término, pues tiene una innegable carga científica toda vez que surge de la observación y del razonamiento, a partir de criterios sistemáticos. Por otra parte, que la descripción de dicho término no parece tener un contenido religioso, bélico o ni siquiera político ni autoritario, sino que parece representar un déficit de garantía cognitiva ante el reconocimiento de las normas jurídicas. Dicho de otro modo, se trataría -en todo caso- de un contenido razonable, usual y comprensible en todo ordenamiento jurídico, que si ha de aspirar razonablemente a su aplicación con los criterios de justicia y razón, ha de pretender que sus normas vigentes sean reales, posibles, conocidas -o cuando menos cognoscibles-, aplicables y aplicadas, esto es, que sean realizables sobre la base de un consenso o corroboración social y cognitiva por parte de los ciudadanos,⁷²⁵ si bien otro sector doctrinal discrepa en el posible planteamiento autoritario.⁷²⁶

⁷²³ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, p.175

⁷²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Retos Científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 40, donde el autor señala que “el Funcionalismo no es otra cosa que un modo “de hacer Ciencia del penal sin política (...) desde la teoría de la sociedad”.

⁷²⁵ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.173

⁷²⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2005, p. 72, nota 67 *in fine*, que habla de la necesidad de que “los sectores garantistas” (entre los que se incluye) se animen a “seguir rebatiendo planteamientos tan autoritarios”, en relación a los de JAKOBS; y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El renacimiento del pensamiento autoritario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo”, *Revista Penal n.º 19*, La Ley, Madrid, enero 2007, pp. 52 y ss., para quien “el llamado Derecho penal del enemigo no constituye una auténtica novedad teórica, sino que más bien se inscribe dentro de los que conocemos tradicionalmente como pensamiento autoritario”, si bien sostiene que desestima una descalificación global *a priori* de todo el pensamiento autoritario.

Igualmente, el concepto funcionalista de enemigo, como el de persona -o persona en derecho-, es netamente jurídico, normativo, incidiendo de nuevo en que no son conceptos morales ni éticos ni políticos ni bélicos ni religiosos, sino jurídicos y normativos. Con independencia de la norma no puede decirse quién es persona y quién es enemigo, sino que ostentar esa calificación jurídica de persona o enemigo dependerá sustancialmente de si se respeta la norma o de si se opone frontalmente a ella, por leve que pueda parecer dicha oposición. Desde esta óptica, las nociones funcionalistas de persona -nuevamente nos referimos a persona en Derecho- y de enemigo se distanciarían plenamente de las concepciones naturalistas, prejurídicas u ontológicas en estos términos.

Si partimos de la base de que sea la norma jurídica oficial la que aglutina las expectativas sociales que deben gozar de protección normativa, las nociones de persona y enemigo dependerán, por consiguiente, del modo y la forma en que se posicionen uno u otro respecto a dichas expectativas mencionadas. Es más: se es persona o enemigo en función del acatamiento general o del quebrantamiento integral de la norma jurídica.⁷²⁷

El concepto de enemigo es, a todas luces, un concepto proporcional,⁷²⁸ o incluso gradual, y ello porque al fin y al cabo lo que le interesa a la sociedad es que se restablezca, dentro del ámbito de un Estado social y democrático de derecho, una convivencia para que los contactos sociales entre ciudadanos se produzcan de forma o manera pacífica y natural, que posibilite -de ese modo- que el respeto a los derechos de los ciudadanos en el Estado de derecho sea del todo efectivo y realizable. Por tanto, la medida de la reacción contra esos enemigos debe ser la necesaria para el restablecimiento de esa teóricamente deficitaria seguridad cognitiva.⁷²⁹

Otra importante característica a añadir es la de que el enemigo, su identidad, como proceso que forma parte de un reconocimiento o reputación social, no es algo

⁷²⁷ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.177

⁷²⁸ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.190

⁷²⁹ AMBOS, K., muestra su crítica con esta característica en *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Traducción de Ezequiel Malarino, Mastergraf, Uruguay, 2005, p.110, al resaltar la exageración de la peligrosidad del enemigo, la cual conduce a su vez a un desmesurado incremento de la despersonalización jurídica.

inamovible que posean un individuo o una colectividad en lo más profundo de su ser, sino que es algo abierto y cambiante, por lo que goza de eventualidad temporal.⁷³⁰ Es un concepto puntual, ni permanente ni perpetuo; es decir, que la condición de enemigo es un estatus que puede abandonarse, sea porque el propio individuo decide dejar su posición de “enemistad”, ya que da muestras de prestar la garantía cognitiva mínima de respeto a las normas, que a fin de cuentas no deja de ser la mínima exigencia de respeto a los demás como “personas en Derecho”.

Así las cosas, parece razonable sostener que el enemigo no es enemigo vitalicio ni lo es de por vida, siempre que dependa del mismo ostentar dicho título, a no ser que el mismo así lo desee por su conducta. De hecho, si esa despersonalización es decisión del despersonalizado, lógico será manifestar que la decisión de abandonar su posición de enemistad dependa del mismo y esté al alcance de su mano. Debe prestar la garantía cognitiva mínima de respeto a la norma, que es, por ello, la mínima exigencia de respeto a los demás como “personas en Derecho”.

Otra característica de importante notoriedad en el concepto de enemigo que debemos resaltar es la de su relativismo.⁷³¹ A diferencia de lo que comúnmente se entiende al referirse al enemigo, nos encontramos ante una noción relativa, limitada, en modo alguno absoluta.⁷³² Ese relativismo del concepto de enemigo es acorde a la despersonalización parcial y no absoluta del propio delincuente, y a su vez permite que se pueda predicar en diversos sentidos: por un lado, es un concepto relativo porque la cualidad de enemigo se predica de una situación concreta: esto es, el enemigo sólo es enemigo en un ámbito determinado, precisamente en aquel en el que manifiesta una despersonalización parcial, o incluso mejor dicho, una despersonalización -degradación voluntaria y parcial de la personalidad-, término este último que emplea el propio JAKOBS en sus estudios sobre el tema;⁷³³ por otra

⁷³⁰ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.189

⁷³¹ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.182

⁷³² En contra de esta postura se posiciona ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 157, cuando señala que “no existen conceptos limitados de enemigo”.

⁷³³ JAKOBS, G., *¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en JAKOBS, G. y POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo: algunas tesis fundamentales*. Editorial Jurídica Grijley. Perú, 2007, pp. 33 y ss.

parte, es un concepto relativo porque no abarca toda la personalidad del sujeto, sino únicamente una parte de ella; es decir, la despersonalización del enemigo no es completa ni absoluta sino relativa y parcial, lo que constituye propiamente una despersonalización. El hecho de que sea parcial explica también que para un sector doctrinal los enemigos mantengan capacidad jurídico-penal de acción.⁷³⁴ Y en esta misma línea se ha señalado que “la reacción jurídico-penal frente al enemigo requiere ciertos niveles de juricidad, como son la existencia de un proceso penal con garantías mínimas, la declaración de culpabilidad realizada por un juez y el cumplimiento de la pena en un régimen penitenciario legalmente previsto”.⁷³⁵

En definitiva, se trataría de un relativismo que afecta tanto al sujeto o aspecto personal como al objeto o campo material. Por ello, de este relativismo del concepto de enemigo debemos extraer diversas consecuencias de importante relevancia para el ámbito del derecho penal: el enemigo no resulta excluido de manera absoluta del sistema, sino única y exclusivamente en el ámbito que abarque su autoexclusión. De ahí que aunque el concepto de enemigo encuentre en el de ciudadano o persona en Derecho a su antagonista o antónimo, no cabe que podamos definir ambos conceptos o nociones según una lógica exclusivamente binaria, es decir, que las categorías de enemigo y de ciudadano no son dos comportamientos estancos ni dos categorías incommunicables, sino más bien al contrario dos nociones que se necesitan y se exigen mutuamente; es decir, no es que una exista sin la otra, sino que una existe precisamente porque existe la otra.

En este sentido, la doctrina ha señalado que es una “ingenuidad rayana en el dolo” pensar que la incipiente configuración de la estructura ‘enemigo’ no está, al mismo tiempo, reconfigurando la estructura ‘persona’.⁷³⁶ Por ejemplo, quien maltrata en el ámbito familiar, el maltratador, es tratado en por la normativa española, por el legislador, como un “enemigo”, es decir, como un evidente “foco de peligro” en potencia toda vez que no presta, en un ámbito tan concreto como es el de la

⁷³⁴ FARALDO CABANA, P., *Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp.307 y ss.

⁷³⁵ GARCÍA CAVERO, P., *¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Madrid, 2006, pp. 928 y ss.

⁷³⁶ PIÑA ROCHEFORT, J. I., *La construcción del ‘enemigo’ y la reconfiguración de la ‘persona’*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, op. cit., p.581.

convivencia y relación familiar o análoga con su pareja o expareja, unos mínimos grados de seguridad cognitiva y de respeto tanto respecto a la norma jurídica como a la posición de su víctima. Por consiguiente, le puede ser impuesta una medida de especial aseguramiento tan severa como puede ser algún tipo de medida cautelar o incluso una pena de alejamiento o no acercamiento a la víctima, algunos de sus familiares u otros allegados.

Con dicha medida se pretende asegurar, de forma todo lo especial posible, que tanto la mencionada víctima como sus allegados vean como realizable su confianza en la norma. Desde ese instante, el maltratador no es tratado como un ciudadano que comete un delito de lesiones, sino que de hecho es combatido como un “individuo peligroso” que aparentemente no es capaz de respetar la mínima seguridad e integridad de otras personas, en este caso las víctimas. Por tanto, pasa a no ser tratado como persona en Derecho, sino como “enemigo”.

Ahora bien, ese tratamiento como enemigo, esa “despersonalización”, es absolutamente parcial, tanto objetiva como personalmente, es decir, en modo alguno excluye la plena personalidad del sujeto como persona en Derecho en otros diferentes ámbitos del tráfico jurídico, como puede ser, por ejemplo, en el ámbito fiscal, donde sus deberes y derechos permanecen intactos: dicho sujeto puede pagar impuestos a la Hacienda Pública haciéndolo de modo ejemplar y, del mismo modo, tiene derecho a posibles beneficios fiscales; o en el ámbito que salga de la relación con su pareja o expareja puede ser alguien que obre siempre con la diligencia de un buen padre de familia, mantenga una excelente relación con sus hijos y cumpla de modo sobresaliente con cuantas obligaciones paterno-filiales le competen; o en su ámbito más particular desde el punto de vista profesional, donde puede ser un ejemplar trabajador en su empresa, que no falta ni un día al puesto de trabajo o incluso cobrando incentivos o primas extra por su buen rendimiento profesional. Por consiguiente, el concepto de “enemigo” es relativo en todos los sentidos, de forma que cualquier generalización supone pervertir el concepto de enemigo desde el punto de vista funcionalista.⁷³⁷

⁷³⁷ En ese sentido, VAN WEEZEL también ha contribuido recientemente a desmitificar el concepto de “despersonalización”. En ese sentido, según su criterio, si con el término “persona” se alude a un segmento del hombre, entonces el término “despersonalización (parcial)” pierde una buena parte de su carácter escandaloso: se trataría entonces de una modificación del segmento del hombre que interesa al ordenamiento jurídico”, sosteniendo que de ese modo, y no obstante algunos posibles equívocos, la “funcionalización (del concepto de persona) cumple un rol garantista”. VAN WEEZEL, A., *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, op. cit., p.1069.

Otra característica del concepto de enemigo -si tenemos en cuenta como base el término funcionalista jakobsiano de descripción de “enemigo”- es que es una categoría descriptiva: ello viene a significar que su empleo no tiene un efecto fundante ni constitutivo, sino meramente expositivo, es decir, que el uso del término no convierte automáticamente en enemigo del sistema ni del ordenamiento jurídico a los sujetos a los cuales se atribuye dicha condición, ni se erige a nadie en contradictor o enemigo de nadie cuando de un sujeto se predica la cualidad de “enemigo”. Con dicho concepto, únicamente se describe una situación legislativa concreta ya existente en los ordenamientos jurídicos de los Estados actuales, lo cual refleja la situación en que se hallan unos sujetos peligrosos, situación que ya ha sido desvalorada y calificada penalmente por el legislador.⁷³⁸

Por consiguiente, podemos señalar que se trata de la descripción de aquellos casos en los que un legislador moderno de un Estado democrático se enfrenta a situaciones de especial peligrosidad por la creación de un estado de inseguridad cognitiva de los demás ciudadanos que les impide confiar razonablemente en la vigencia de las normas.

Ahora bien, no por ello se erige en “enemigo” del sistema ni de la sociedad a un sujeto que es tratado por el ordenamiento jurídico como un “enemigo”, sino que se describe -con terminología funcionalista- un estatus real y legalmente existente, del mismo modo que la denominación como “inimputable” de un sujeto que es tratado como tal por el ordenamiento jurídico, no lo convierte en “inimputable”, sino que lo describe, con una terminología técnica y científico-jurídica, exactamente como el legislador lo trata.⁷³⁹ En definitiva, el Derecho penal del enemigo presenta -al menos siempre desde esa perspectiva- una utilidad como herramienta descriptiva.⁷⁴⁰

⁷³⁸ En contra de este criterio encontramos a MAZUELOS COELLO, J. F., *¿El Derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar?*, en MONTALEGRE LYNETT, E., *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Tomo II, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.166, cuando señala que “el derecho penal del enemigo no puede ser objeto de un tratamiento meramente descriptivo, de una constatación neutral de su existencia, sino de un enfoque confrontacional en cuanto a su disfuncionalidad para el sistema social”.

⁷³⁹ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.180

⁷⁴⁰ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.181

A su vez, encontramos la autoexclusión potestativa como otro elemento característico. La exclusión del enemigo es -para JAKOBS- siempre una autoexclusión; esto es, es el propio sujeto despersonalizado, el propio delincuente, quien en ejercicio de su autonomía de la voluntad y libertad de actuación, decide dejar de brindar la seguridad mínima que se espera de todo ciudadano. El enemigo se autoexcluye potestativa y voluntariamente de su estatus de ciudadano y lo haría no sólo porque no brinda seguridad, sino porque ofrece precisamente todo lo contrario: la inseguridad que es lo que hace desestabilizar a la sociedad.⁷⁴¹ La doctrina ha señalado que la conducta del enemigo es potestativa, ya que tiene la libertad de actuar como desee, pero en todo caso debe responder de su actuación, recordando cómo el principio de libertad tiene como contrapartida la responsabilidad por las consecuencias. En ese sentido, la libertad de decisión de asociarse en algún tipo de organización criminal y delictiva, por ejemplo conformando un grupo terrorista, “va inexorablemente unida a la responsabilidad por esa actuación, de manera que si la libertad es potestativa también lo es situarse en una posición de invasión de las esferas ajenas atentando contra el más básico deber cívico de personalidad”.⁷⁴² Así, los integrantes de la sociedad deben ser conscientes de su posición en la misma; es decir, por el hecho de ser ciudadanos les asisten una serie de derechos, pero del mismo modo existe un reverso de la moneda: les competen, les vienen atribuidas una serie de obligaciones.

Para ser considerados como “personas”, en el sentido funcionalista del término -persona como titular de derechos y obligaciones-, han de asumir que desempeñan una función social, un rol, el cual sería la parte externa de la persona, su aspecto “formal”. Y ese aspecto exterior posee también un contenido que sólo puede ir inherentemente unido al rol: un haz de derechos y de deberes que define la

⁷⁴¹ Respecto a la mencionada autoexclusión potestativa y voluntaria existe una crítica muy bien construida, según mi punto de vista, por CANCHO ESPINAL, el cual considera que dicha exclusión no es potestativa sino decidida por el legislador: “Lo que es potestativo del sujeto son sus pensamientos, sus comportamientos; empero no sería potestativo el ser tratado como enemigo, pues esto depende de la interpretación que realice la sociedad de la conducta del sujeto, y no de que el sujeto por propia voluntad se considere enemigo o no”. CANCHO ESPINAL, C., *La clarificación del derecho penal del enemigo en la obra de Miguel Polaino-Orts: un ejemplo de investigación científica*, Editorial Jurídica Grijley, Perú, 2006, p.634

⁷⁴² O dicho de otro modo, el sujeto que se asocia con un fin terrorista se autoexcluye voluntariamente, dejando de prestar la mínima garantía cognitiva, pero también se introduce voluntariamente en una esfera en que es combatido como enemigo. Por tanto, su acto es potestativo y, del mismo modo, su autoconfiguración como enemigo. POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.186.

posición de cada sujeto en la sociedad. Y es la forma o el modo de ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de los deberes lo que define a los ciudadanos como “personas en Derecho”. Bajo ese prisma, las personas serían aquellos sujetos que, dentro de un ámbito de mínima seguridad, cumplen con sus obligaciones y cumplen e incluso disfrutan con sus derechos.⁷⁴³

Ahora bien, para que ello ocurra han de confiar cognitivamente en la realidad de la norma, lo cual significa que han de confiar razonablemente en que la sociedad, la normativa, el ordenamiento jurídico, procura y sienta las bases para que sus derechos no se vean ni sean malogrados. Y es esa seguridad cognitiva de la norma por parte de los ciudadanos uno de los pilares fundamentales de la realidad de la estructura social. A su vez, está en la decisión individual de cada persona, de cada ciudadano, adecuar de modo correcto su conducta o comportamiento a las normas jurídicas para desempeñar adecuadamente su función social en el sistema, o bien por el contrario rechazar el valor que ésta tiene como criterio rector de las relaciones sociales. Cuando eligen o se decantan por esta última decisión; es decir, si de algún modo se oponen al valor simbólico -como expresión de sentido- que tienen las normas jurídicas, entonces dicho sujeto no sólo se decide por su autoexclusión voluntaria del sistema, sino que su propia despersonalización supone, de facto, una terrible alteración de las bases fundamentales de la vida y convivencia en comunidad: el del respeto al resto de personas y conciudadanos como personas en Derecho.

Una vez esa despersonalización de los “enemigos” es expresada en su conducta de modo socialmente intolerable, es la propia Sociedad la que debe actuar de algún modo precisamente para garantizar la seguridad cognitiva que todos los ciudadanos tienen depositada en la norma, como eficaz resorte de la garantía de todos sus derechos. El ordenamiento jurídico debe actuar de modo y manera especialmente eficaces frente a unos sujetos toda vez que su actuación de “enemistad” representa una fuerte y contundente amenaza para la estabilidad y el consiguiente mantenimiento de la estructura social, toda vez que con su actuación irrespetuosa y de corte beligerante están poniendo en peligro la seguridad cognitiva que el resto de ciudadanos y personas de la sociedad han puesto en las normas y el ordenamiento jurídico; por tanto, esos sujetos se autoexcluyen del sistema, mediante

⁷⁴³ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.187.

su parcial despersonalización, si bien parte de la doctrina considera que es el Derecho penal el que efectúa la tarea de despersonalizar a los sujetos, ya que en realidad son éstos los que se autoexcluyen precisamente por no prestar la mínima garantía cognitiva de ser tratados como personas en derecho.⁷⁴⁴

En cualquier caso, dicha situación sería potestativa, pues en todo momento le asiste al sujeto la facultad, de conformidad con su libertad y su autonomía de la voluntad, la posibilidad de adecuación de su conducta a la normativa y al ordenamiento jurídico, es decir, de reconocer aunque sea formalmente con su proceder el respeto que le merecen el resto de ciudadanos, que en este caso serían las “personas en Derecho”, “personalizadas”, que confían de modo razonable y confiado en las normas y el ordenamiento jurídico.

En realidad, cumplir sería y honestamente con la exigencia mínima de convivencia en comunidad pacíficamente aceptada por la doctrina y entre juristas en los últimos tiempos: siendo uno persona, debe tratar y respetar a los demás como personas en Derecho.⁷⁴⁵

La doctrina ha señalado que -en definitiva- todos los ciudadanos hemos de colaborar activamente, a través de nuestras obligaciones de hacer, al mantenimiento de la estructura de la sociedad y el Estado, aportando de manera personal nuestra contribución en forma de seguridad y de respeto.⁷⁴⁶ De tal forma, si se omite llevar a cabo dicha prestación, entonces el “enemigo” se autoexcluye, en la medida en que no brinde seguridad.

Y esa autoexclusión del “enemigo” -que como hemos apuntado conlleva la pérdida o degradación parcial en el estatus de ciudadano mediante la exclusión parcial de la Sociedad libre- viene a fundamentarse en una obstinación en separarse

⁷⁴⁴ DEMETRIO CRESPO, E., “El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, *Revista General de Derecho Penal* nº 4, www.iustel.com, noviembre 2005, p. 13. Fecha última consulta 23 de marzo de 2017.

⁷⁴⁵ En ese sentido, define el estatus de persona en la Sociedad al señalar “Sé persona y respeta a los demás como personas”, HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, párrafo 36.

⁷⁴⁶ POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, op. cit., p.188.

de la estructura social, dejando de prestar la seguridad necesaria para que la Sociedad pueda seguir confiando en él.⁷⁴⁷

Un problema que se plantea en las sociedades modernas es que un elemento esencial del enemigo es precisamente que construye su identidad al margen del derecho, puede desenvolverse como ciudadano y así mantener oculta esta identidad.⁷⁴⁸ La identidad es un problema del enemigo; en realidad no sabemos quién es el enemigo y -por consiguiente- de quién hemos de protegernos, lo cual explica algunas medidas procesales que se consideran disminuciones de garantías,⁷⁴⁹ siendo preciso resolver el problema de la seguridad cognitiva, dependiendo entonces la cimentación cognitiva del derecho de la identificación del enemigo.

Así, la defensa del concepto de derecho penal del enemigo es la determinación de quiénes han de serlo, ya que si desconocemos previamente quiénes son los enemigos, las normas jurídicas perderían su eficacia orientadora para el ciudadano, y dejaría de justificarse la separación entre derecho penal del enemigo y derecho penal del ciudadano.⁷⁵⁰ Por tanto, la pregunta es quién ha de ser destinatario del derecho penal del enemigo; y la respuesta no será quién es el enemigo, porque precisamente es un punto de partida conceptual del mismo derecho penal del enemigo la inseguridad cognitiva y, por ende, la dificultad de identificar al enemigo concreto. Es por este motivo por lo que, cuando se pregunta por el destinatario del derecho penal del enemigo, se debe precisar de forma detallada y urgente cuáles son los delitos respecto de los cuales se considera que quienes los cometen son o pueden ser enemigos, pues son individuos que aparente o presumiblemente han abandonado el derecho de forma permanente.

⁷⁴⁷ Por su interés, Cfr. GRACIA MARTÍN, L., "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf, Artículo doctrinal, enero 2005; así como PÉREZ DEL VALLE, C., *Derecho penal del enemigo, ¿escarnio o prevención de peligros?*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Madrid, 2006.

⁷⁴⁸ PÉREZ DEL VALLE, C., *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2004, p.53.

⁷⁴⁹ PÉREZ DEL VALLE, C., CPC-75 (2001), pp. 609 y ss.

⁷⁵⁰ HÖRNLE, T., *Dimensiones descriptivas y normativas del concepto "Derecho penal del enemigo"*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Madrid, 2006, p. 51 y ss.

Por ello, desde el punto de vista del derecho penal, frente al individuo peligroso, que no es persona en el derecho, el estado no reacciona con una pena que supone comunicación, sino con lucha contra el peligro que ese individuo supone.

Y es que la teoría en este aspecto no puede sino ser puramente descriptiva, pues no hay una exigencia normativa, a diferencia de los casos de los delitos de lesa humanidad o de terrorismo, de que los delitos de índole sexual, los delitos económicos o el tráfico de drogas o delitos contra la salud pública sean considerados determinantes de que los individuos se han situado fuera del estado civil-jurídico, por lo que el debate sobre la constitucionalidad de su inclusión quedaría todavía abierto.⁷⁵¹

7.2) Su relación con las intervenciones telefónicas.

Una vez delimitado brevemente el concepto y las principales características del Derecho penal del enemigo, consideramos que las intervenciones telefónicas constituyen una manifestación del mismo que debe incorporarse al debate doctrinal.

En ese sentido, al acordarse la medida de injerencia como medio de investigación con pleno desconocimiento del sujeto investigado, consideramos que la problemática se plantea desde el punto de vista de la clara anticipación de las barreras penales con una evidente flexibilización de las garantías procesales; es decir, nos encontramos con tendencias que suponen una proyección del Derecho penal del enemigo en el aspecto más procesal penal, no tanto sustantivo, al materializar la injerencia algunos jueces de instrucción que parecen desviarse de su función equilibrada cuando acuerdan las escuchas.

Por consiguiente, los argumentos por los que consideramos acreditado que las intervenciones telefónicas de nuestro país son una manifestación del Derecho penal del enemigo, son:

a) Hasta la reforma efectuada por la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, la norma procesal para que una autoridad judicial pudiera materializar la injerencia en el

⁷⁵¹ PÉREZ DEL VALLE, C., "La fundamentación iusfilosófica del derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 10-03, p. 03:13, www.criminet.ugr.es, febrero 2008. Fecha última consulta 23 de marzo de 2017.

derecho al secreto de las comunicaciones de un ciudadano era la LO nº 4/1988, de 25 de mayo. Como se ha visto, reformó parte del ya existente art. 579 de la LECrim., si bien el resultado de la regulación llevada a cabo por nuestro legislador en aquel momento fue a todas luces insuficiente, toda vez que no se efectuó una adecuada sistematización de los supuestos en los que podía autorizarse la medida por parte de la autoridad judicial, ni se definió oportunamente el procedimiento a seguir para la materialización de la injerencia. De hecho, el art. 579 LECrim. delimitó la forma en que debía adoptarse la materialización de la injerencia -resolución motivada-, el plazo y los motivos de la posible prórroga de la intervención, el descubrimiento o verificación de un hecho o circunstancia relevante para el proceso penal -su objeto-, así como las personas susceptibles de intervención. Sin embargo, no fijó el límite de la ejecución de la medida -duración-, qué infracciones penales permitían habilitar la medida de injerencia, el procedimiento para la correcta consignación de las escuchas intervenidas ni las precauciones a adoptar para la posterior comunicación de las grabaciones efectuadas para el debido control judicial y acceso para la defensa. Por consiguiente, consideramos que dicha insuficiencia de nuestra normativa como norma habilitante de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones desde la óptica de la correcta determinación y precisión necesarias para satisfacer debidamente la exigencia de previsibilidad del alcance de la materialización de la injerencia para los ciudadanos afectados por la misma, supuso la existencia de una anticipación de las barreras penales para las personas afectadas por la medida de investigación.

b) Del mismo modo, al margen del esfuerzo realizado durante ese período por el TS y el TC para que la jurisprudencia colmase la insuficiencia normativa puesta de manifiesto tras las condenas del STEDH -*Caso Valenzuela Contreras vs. España*, de 30 de julio de 1998 y *Caso Prado Bugallo vs. España*, de 18 de febrero de 2003, anteriormente analizadas- percibimos una flexibilización de las garantías necesarias al acordar la medida de injerencia respecto de una pluralidad de personas en un mismo proceso; es decir, una auténtica “relajación” del requisito de motivación de la resolución habilitante ya que no se individualizaban los indicios existentes para cada investigado, sino que se señalaban idénticos motivos para todos, lo cual nuevamente supuso la existencia de una anticipación de las barreras penales para las personas afectadas por la medida de investigación.

c) Desde el punto de vista de la vulneración del derecho de defensa, así como de la nota de confidencialidad que debe presidir las relaciones entre cliente y abogado, se han autorizado intervenciones telefónicas que claramente rebasaban los límites de la

posible intervención. De hecho, el propio TS ha señalado que -cuando se refiere a la función del juez- “al instructor en el proceso penal, a quien compete la dirección de la investigación, no le corresponde ocupar una posición propia o característica de un enemigo del investigado, sino que debe estar, por el contrario, obligado a “consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al reo”. Además, resulta encargado de la protección de los derechos fundamentales del imputado, en tanto que la Constitución, ordinariamente, condiciona su restricción a la existencia de una resolución judicial debidamente motivada.”⁷⁵²

d) El dato objetivo de que el propio legislador señale que el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa “ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal” -LO nº 13/2015, de 5 de octubre, Preámbulo IV- nos permite justificar la opinión de la existencia de una anticipación de las barreras penales para las personas afectadas por la medida de investigación con la correspondiente relativización de las garantías procesales.

⁷⁵² STS nº 79/2012, de 9 de febrero.

CONCLUSIONES

I. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones debe redimensionarse de conformidad con la doctrina de la expectativa razonable de privacidad. Frente a la infranqueable barrera de carácter formal del mismo -con apariencia de ser un absoluto jurídico y aún a riesgo de provocar una grieta en dicha barrera-, que únicamente tenía como excepciones el consentimiento del titular del derecho, o la decisión judicial de injerencia o desvelo en alguno de los supuestos previstos por una concreta norma habilitante, en realidad el secreto de las comunicaciones depende de que los individuos se comporten como tal; es decir, nos hace a los individuos partícipes de cómo y bajo qué circunstancias queremos que se nos respete en el normal ejercicio de nuestra libertad de comunicaciones, así como del secreto que la protege y potencia. En definitiva, somos los individuos quienes delimitamos y marcamos las fronteras de aquello que pretendemos mantener preservado del conocimiento ajeno, ya que si el secreto de las comunicaciones está diseñado tanto para defender la libertad de comunicaciones como para garantizar otros derechos que se encuentran detrás de su manto protector, es evidente que somos nosotros -exclusivamente- quienes igualmente podremos disponer del mismo; cuándo y de qué modo pasan a ser cuestiones de matices o de simple interpretación de nuestra -expresa o presunta- voluntad.

II. La regulación sobre el derecho al secreto de las comunicaciones se ha desarrollado en forma paralela al avance en las formas de comunicación y, a su vez, en la concreción del contenido del derecho fundamental. En esta línea, la jurisprudencia consolidó un cuerpo de doctrina con exigencias que forman parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE, tales como la motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención -o su prórroga- respecto a los hechos punibles objeto de investigación y los indicios sobre los que se sustenta el título habilitante, la persona o personas investigadas, el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención así como quién ha de llevarla a cabo, lo cual debe permitir realizar un adecuado juicio de proporcionalidad y hacer posible el control judicial posterior en la ejecución de la medida.

III. Las exigencias generales de la intervención de las comunicaciones están vinculadas fundamentalmente a su previsión en la ley, pero también en la calidad de la ley, la necesidad de la medida de injerencia y la determinación de la autoridad competente para acordar la misma, en los términos fijados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha fijado criterios en materia de control y justificación de las intervenciones telefónicas para evitar abusos de los Estados sobre los particulares. Las exigencias de dicho Tribunal son de gran relevancia toda vez que ha supuesto la condena de nuestro país en alguna sentencia: *caso Valenzuela Contreras vs. España*, de fecha 30 de julio de 1998 y *caso Prado Bugallo vs. España*, de 18 de febrero de 2003.

IV. La conveniencia de una regulación específica sobre intervenciones telefónicas que realizan padres, tutores o curadores en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas es evidente. Y ello porque se produce una situación contradictoria: Por una parte, el ordenamiento jurídico hace descansar en los padres la obligación de velar por sus hijos menores en el ejercicio de su patria potestad; y por otra parte, les desposee de toda capacidad de controlar las comunicaciones de los menores por encontrarse con el límite del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Por tanto, la específica regulación normativa de esta situación evitará la judicialización de asuntos para valorar si ha existido causa de justificación - cuando los medios hayan sido proporcionados y necesarios- que elimine la antijuricidad de la acción tornándola lícita.

V. Las comunicaciones entre letrado y cliente -sean internos en un centro penitenciario o no- deben ser absolutamente respetadas por su confidencialidad, ya que afectan directamente al derecho de Defensa. Por consiguiente, no puede existir una medida de injerencia respecto a las mismas, sin posibilidad de intervención administrativa ni judicial, salvo casos de delitos de terrorismo -siempre mediante autorización judicial debidamente ponderada y motivada-, así como cuando el propio letrado sea objeto de investigación porque se cuenta con indicios objetivos de que está cometiendo o ayudando a cometer la comisión de un delito, pues en ese caso el derecho de defensa se estaría utilizando como cauce un abusivo para actividades que exceden de la finalidad de esta garantía procesal.

VI. El plazo máximo de dieciocho meses de duración de la intervención telefónica que ha establecido la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, es excesivo y desproporcionado. Ciertamente, la duración máxima inicial de la intervención es de tres meses, pero puede prorrogarse por períodos sucesivos de igual duración hasta un total de dieciocho. En nuestra opinión, la medida de injerencia que sacrifica el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de un individuo no debe durar más de doce meses, tiempo que consideramos más que suficiente para poder investigar su participación en un hecho delictivo.

VII. La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, no regula adecuadamente lo que se define como “transcripción de los pasajes que considere -la Policía Judicial- de interés”. De la lectura del precepto -art. 588 ter. f.- y su comparativa con los arts. 588 bis f.1 y 588 ter h., párrafo primero, se plantea la problemática sobre si el legislador exige realmente una transcripción escrita -en su acepción clásica- de los pasajes de mayor interés para la causa; o si, como nos sugiere el propio art. 588 ter f., pudiera ser que lo que pretende es que se facilite al juez instructor una copia, en soporte digital distinto al que contenga los originales, de dichas conversaciones de especial interés; dudas que se extienden incluso al art. 588 ter i.1, donde vuelven a diferenciarse copias de las grabaciones originales y de las transcripciones realizadas; es decir, el legislador mantiene la transcripción escrita como una mera posibilidad para garantizar el control judicial de la medida, tan válida como la edición de un CD o DVD en el cual se copiasen las conversaciones de especial interés para la causa, lo cual consideramos que debiera haber sido resuelto de modo más claro en la norma para evitar disparidad de criterios judiciales en el control judicial de la medida.

VIII. El Sistema Integrado de Interceptación de las Telecomunicaciones (SITEL) no garantiza que los soportes que incluyen las conversaciones que hayan sido objeto de grabación puedan ser manipulados y su regulación normativa es insuficiente. Por una parte, si bien la jurisprudencia del TS ha admitido su utilización para la materialización de la medida de injerencia y ha señalado que cumple con las exigencias y garantías propias de esta clase de diligencia de investigación, ha señalado que es técnicamente posible dicha manipulación, por lo que reconoce la vulnerabilidad del sistema. Por otra parte, en nuestra opinión la reserva de Ley Orgánica necesaria para la regulación de cuestiones que afectan a derechos fundamentales debe extenderse a todas las cuestiones accesorias o instrumentales

relacionadas con la materialización de la injerencia y no debe regularse mediante otro tipo de normas de rango inferior.

IX. La reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, ha omitido regular el modo de incorporación al plenario el objeto de la intervención telefónica así como su posible valoración como medio de prueba. Consideramos que hubiera sido positivo que la norma abordase esa materia de modo específico, pues dicha situación de anomia legislativa supondrá continuar con la aplicación en los procesos penales de los criterios jurisprudenciales existentes en lugar de las garantías que ofrece la regulación normativa, con la consideración de un medio probatorio como cualquier otro, en este caso como de documento electrónico.

X. La reciente jurisprudencia del TS que admite en el proceso penal la valoración de una prueba obtenida por un particular de modo ilícito -con el argumento de que la actuación del mismo no piensa en prefabricar elementos de cargo utilizables en un proceso penal ulterior- y considera que la regla de exclusión sólo adquiere sentido como elemento de prevención frente a los excesos del Estado en la investigación del delito no es acertada. La interpretación de que su admisión es perfectamente posible a la vista de la propia literalidad del vigente enunciado del art. 11 LOPJ, y que no necesita ser objeto de un enunciado legal que así lo proclame omite dos cuestiones que consideramos básicas: por una parte, el origen ilícito de la prueba y no quién lo aporta al proceso -si es un particular o la autoridad policial-, lo que entendemos indiferente a efectos de validez probatoria; por otra parte, del mismo modo que el TS admite como excepción a la aplicación de la regla de exclusión el criterio de la buena fe en la actuación policial y reconduce a la misma el descubrimiento inevitable, discrepamos de que pueda apreciarse *a sensu contrario* buena fe en un particular que hace acopio de datos personales de terceras personas -conocedor de su ilicitud- con el objeto de proceder a la venta de dicha información.

XI. El sistema procesal regulador de las intervenciones telefónicas como medio de investigación en nuestro país ha supuesto procedimientos penales que pueden constituir una manifestación del Derecho penal del enemigo. La anticipación de barreras penales y la flexibilización de las garantías de los sujetos objeto de la investigación nos parece evidente toda vez que en la normativa aplicable hasta la reforma de la LO nº 13/2015, de 5 de octubre, no se efectuaba una adecuada

sistematización de los supuestos en los que podía autorizarse la medida por parte de la autoridad judicial, ni se definía oportunamente el procedimiento a seguir para la materialización de la injerencia, ni se fijaba el límite de la ejecución de la medida -duración-, qué infracciones penales permitían habilitar la intervención, el procedimiento para la correcta consignación de las escuchas intervenidas ni las precauciones a adoptar para la posterior comunicación de las grabaciones efectuadas para el debido control judicial y acceso para la defensa. Las condenas a España por parte del TEDH, la existencia de intervenciones de comunicaciones que han vulnerado tanto el derecho de defensa como la nota de confidencialidad que debe presidir las relaciones entre cliente y abogado, y el hecho de que el propio legislador señale que el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa haya propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal nos permite acreditar esta opinión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, Xavier; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Estudios sobre prueba penal, Volumen III*, La Ley, Madrid, 2013
- AGUILERA MORALES, Marien, "Para que la entrada y registro domiciliario se consideren constitucionalmente legítimos, ¿es necesario el consentimiento del sujeto investigado o basta con el del cotitular del domicilio? Eficacia probatoria de la prueba obtenida con vulneración directa de un derecho fundamental", *Tribunales de Justicia* n° 12, diciembre 2003
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, Madrid, 2001
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2003
- - AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Traducción de Ezequiel Malarino, Mastergraf, Uruguay, 2005
- AMBOS, Kai, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, en *Prueba y Proceso Penal*, AAVV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- AMBOS, Kai, "La teoría del efecto extensivo en el Derecho Procesal Penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán", *Revista General de Derecho Procesal* n° 29, 2013
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "La función de las garantías en la actividad probatoria", en AAVV "La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993
- ARMENTA DEU, Teresa, "La verdad en el filo de la navaja (Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)", *Revista Ius et Praxis*, Volumen 13 n° 2, Talca (Chile), 2007
- ARMENTA DEU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Marcial Pons, Madrid, 2009
- ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas Procesales Penales. La justicia penal en Europa y América*, Marcial Pons, Madrid, 2012
- ASECIO MELLADO, José María, "La prueba prohibida en Jurisprudencia Constitucional", *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, n° 1, 1985
- ASECIO MELLADO, José María, "Los derechos contemplados en el art. 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de fecha 4 de noviembre de 1950", en "Seminario sobre

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Comunidad Valenciana Consejería Bienestar Social, Valencia, 1998

- ASECIO MELLADO, José María, “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita”, www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_02.pdf, Artículo Doctrinal, mayo 2011

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Politische Korruption und Strafverfahren*, ZStW 111, 1999

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, *Estudios de Derecho Judicial* n° 34, Madrid, 2001

- BARCELONA LLOP, Javier, “Escuchas telefónicas y acción de la policía de seguridad”, www.dialnet.com, *Revista de Administración Pública* n° 112, 1987

- BAÑULS GÓMEZ, Francisco, “Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente”, www.noticiasjuridicas.com, Artículo doctrinal, Febrero 2007

- BARONA VILAR, Silvia, *Derecho jurisdiccional: El proceso penal*, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, “El derecho al secreto de las comunicaciones”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, Madrid, 1998

- BERNAL CUELLAR, Jaime, “Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal, UNED, n° 4 especial*, Madrid, 1990

- CANCHO ESPINAL, Ciro, *La clarificación del derecho penal del enemigo en la obra de Miguel Polaino-Orts: un ejemplo de investigación científica*, Editorial Jurídica Grijley, Perú, 2006

- CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 1982

- CARMONA RUANO, Miguel, “De nuevo la nulidad de la prueba: ¿Es indiferente el momento en que pueda declararse?”, *Revista Jueces para la Democracia* n° 25, Madrid, 1996

- CASABIANCA ZULETA, Paola, *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Bosch, Barcelona, 2016

- CASANOVA MARTÍ, Roser, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal”, en *Principios y garantías procesales. Liber Amicorum* en homenaje a la profesora M^a Victoria Berzosa Francos (Dir. PICÓ I JUNOY, J.), Bosch, Barcelona, 2013

- CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2014

- CATALÁ I BAS, Alexandre, “La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias”, *Revista del Poder Judicial* n° 66, Madrid, 2002

- CEDEÑO HERNÁN, Marina, *Cuadernos de Derecho Público* n° 10, Madrid, mayo-agosto 2000

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, *Revista Tribunales de Justicia* n° 8, agosto-septiembre, 2003

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal. Introducción*, Ramón Areces, Madrid, 2004

- DE PRADA SOLAESA, José Ricardo, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España”, *Revista Jueces para la Democracia* n° 34, Madrid, 1999

- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, Pamplona, 2010

- DE URBANO CASTILLO, Eduardo, *El Derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011

- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “La intervención de las comunicaciones en centros penitenciarios”, en *Diario la Ley* n° 7573, Madrid, 2011

- DEL CARPIO DELGADO, Juana, “Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la de los Tribunales Penales Internacionales ad-hoc”, Artículo Doctrinal, *Revista Penal* n° 19, www.uhu.es/revistapenal/.com, 2007

- DELGADO DEL RINCON, Luis Enrique, “La regla de exclusión de la prueba ilícita, excepciones y eficacia”, Artículo Doctrinal en www.dialnet.uniroja.es/servlet/extaut?codigo=83469, 2012

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, *Revista General de Derecho Penal* n° 4, www.iustel.com, noviembre 2005

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, XXII Edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001

- DÍAZ CABIALE, José Antonio, “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Premio Poder Judicial año 1992, Madrid

- DÍAZ CABIALE, J.A., y MARTÍNEZ MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001
- DÍAZ CABIALE, J.A., y MARTÍNEZ MORALES, R., "La teoría de la conexión de antijuricidad", *Revista Jueces para la Democracia n° 43*, Madrid, 2002
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español", Artículo Doctrinal en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, web.juridicas.unam.mx.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003
- ECHARRI CASI, Fermín Javier, "Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales", *Revista del Poder Judicial n° 69*, Madrid 2003
- DIPPEL, Horst, "Constitucionalismo moderno. Introducción de una historia que necesita ser escrita", *Revista Electrónica de Derecho Constitucional n° 6*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre, 2005
- ELVIRA PERALES, Ascensión, *Derecho al secreto de las comunicaciones*, lustel, Madrid, 2007
- FARALDO CABANA, Patricia, *Un Derecho Penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo, "El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal", *Revista Poder Judicial n° 32*, Madrid, 1993
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. J., "Inviolabilidad y secreto de la correspondencia", *Revista Española de Derecho Administrativo n° 39*, Madrid, 1983
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Thomson Civitas, Madrid, 2004
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995
- FIDALGO GALLARDO, Carlos, "La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América", *Revista Tribunales de Justicia n° 5*, Madrid, 2003

- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis, "Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 11*, octubre 2003
- GARCÍA CAVERO, Percy, *¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión.*, Edisofer SL, Madrid, 2006
- GARCÍA MORILLO, Joaquín, AAVV, *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tecnos, Valencia, 2003
- GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa, "La controversia sobre el precedente judicial: Un clásico del Derecho en constante renovación", *Revista Foro, Nueva Época nº 4*, Madrid, 2006
- GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ., V., *Derecho Procesal. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, La ley, Tomo II, Madrid, 1996
- GIMENO SENDRA, V., CONDE PUMPIDO, C., GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 1999
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2007
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica", *Revista Española Poder Judicial nº especial 19*, Madrid, 2006
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo", *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "El renacimiento del pensamiento autoritario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del Derecho penal del enemigo.", *Revista Penal nº 19*, La Ley, Madrid, enero 2007
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María, "El proceso penal español y la prueba ilícita", *Revista de Derecho Volumen XVIII- nº 2*, Valdivia (Chile), Diciembre 2005

- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990
- GÖSSEL, Karl Heinz, *En la búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, Porrúa, México, 2002
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf, Artículo doctrinal, enero 2005
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “*Grundlinien der Philosophie des Rechts*”, 1821
- HÖRNLE, Tatjana, *Dimensiones descriptivas y normativas del concepto “Derecho penal del enemigo”*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Madrid, 2006
- HURTADO ADRIÁN, A. L., “El teléfono como medio de investigación en el proceso penal”, *Revista Actualidad Penal* n° 9, Madrid, febrero-marzo, 1994
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del derecho penal*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Dykinson, Madrid, 1999
- JAÉN VALLEJO, Manuel y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, *La reforma procesal penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2015
- JAÉN VALLEJO, Manuel, AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique y PERRINO PÉREZ, Ángel Luis, *Terrorismo en el siglo XXI (La respuesta penal en el escenario mundial)*, Dykinson, Madrid, 2016
- JÄGER, Cristian, *Problemas fundamentales de Derecho Penal y Procesal Penal*, Fabián J. Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003
- JAKOBS, Günther, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en ZStW 97 (1985)
- JAKOBS, Günther, *¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en JAKOBS, G. y POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo: algunas tesis fundamentales*, Editorial Jurídica Grijley. Perú, 2007
- JAUCHEN, Eduardo, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2004
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1986

- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", *Revista de Derecho Constitucional* nº 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José, "Intervención de comunicaciones entre internos y sus letrados", *Revista Iustel* nº 14, www.iustel.com, Madrid, 2010
- JORGE BARREIRO, Alberto, "La prueba ilícita en el proceso penal", Planes provinciales y territoriales de formación, *Revista Consejo General del Poder Judicial, Volumen II*, Madrid, 1992
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal, Madrid, 1991
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La legitimación de la acusación en relación con los derechos fundamentales", *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 334, marzo de 1998
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2012
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991
- LÓPEZ GARCÍA, Eloy, "Las intervenciones telefónicas, una crisis anunciada: comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso Prado Bugallo c. España", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 594, Madrid, 2003
- LÓPEZ GUERRA, Luis, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 442, Navarra, 2000
- LOPEZ ORTEGA Juan José, "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuesto de validez", en *Perfiles del Derecho Constitucional a la vida privada y familiar, Cuadernos de Derecho Judicial* nº 22, CGPJ, Madrid, 1996
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica, *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “¿Son vinculantes los Acuerdos del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo?”, Artículo doctrinal de 2 de febrero de 2008, www.criminet.ugr.es, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

- MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Castillo de Luna ediciones jurídicas, Madrid, 2015

- MARCO URGELL, Anna, *Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)*, Trabajo de Investigación de Doctorado, www.recercat.net/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf, Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público, Universidad de Autónoma de Barcelona, 2008

- MARCO URGELL, Anna, *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*, Tesis Doctoral, www.tdx.cat/bitstream/10803/32087/1/amu1de1.pdf, Universidad Autónoma de Barcelona, Octubre 2010

- MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995

- MARTÍN PALLÍN, José Antonio, *El equilibrio en la conservación de datos y secreto de las comunicaciones: implicaciones en el proceso penal*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos “Valenzuela Contreras” y “Prado Bugallo”, ambos contra España)”, *Revista Derecho Privado y Constitución* nº 17, Madrid, 2003

- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz de la STC 81/98, de 2 de abril)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

- MARTÍNEZ FERRIZ, José Luis, “La operatividad de SITEL: su discutida legalidad dentro de un Estado de Derecho que actúa bajo el imperio de la ley”, *Diario La Ley* nº 7434, Madrid, 2010

- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1992

- MAZUELOS COELLO, Julio Fernando, *¿El Derecho penal del enemigo: un modelo para desarmar?*, en MONTALEGRE LYNETT, E., *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, Tomo II, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación", *Revista Jueces para la Democracia* nº 47, Madrid, 2003
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "La Prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Barcelona, Mayo 2010
- MONTERO AROCA, J., "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba", *Revista Poder Judicial* nº 7, Madrid, 1983
- MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- MORENO CATENA, V.; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal: Proceso Penal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993
- MORENO CATENA, V. Y AAVV, "Medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones personales", en *El proceso penal, Doctrina, jurisprudencia y formularios. Vol. II: Instrucción y medidas cautelares*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, "Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: La reforma del art. 579 LECrim.", *Uned, Boletín de la Facultad de Derecho* nº 27, Madrid, 2005
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, "Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal", *Revista del Ministerio Fiscal* nº 1, Madrid, 1995
- NAVAJAS RAMOS, Luis, "La prueba videográfica en el proceso penal", Artículo Doctrinal en *Revista "Eguzkilore", Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* nº 12, San Sebastián, 1998
- NOYA FERREIRO, María Lourdes, "Comentario al Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992", *Revista Dereito* nº 1, Volumen 2, Santiago de Compostela, 1993
- OROZCO MUÑOZ, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Aranzadi, Madrid, 2011
- PALACIOS LUQUE, Diego, "Introducción a la prueba en el proceso penal", Planes provinciales y territoriales de formación, *Consejo General del Poder Judicial, Volumen II*, Madrid, 1992
- PAZ RUBIO, J.Mª., MENDOZA MUÑOZ, J., OLLÉ SESÉ, M. y RODRÍGUEZ MORICHE, R. Mª., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Colex, Madrid, 1999

- PASTOR BORGONÓN, Blanca, "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Revista Justicia* nº 2, Madrid, 1986
- PELLEGRINI GRINOVER, A., SCARANCE, A., y MAGALHAES, A., "As nulidades no proceso penal", *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 2001
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Las intervenciones telefónicas en el Derecho español: De la perplejidad al olvido".
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, Dykinson, Madrid, 1999
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, CPC-75 (2001)
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Estudios de filosofía política y del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, 2004
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Derecho penal del enemigo, ¿escarnio o prevención de peligros?*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Madrid, 2006
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "La fundamentación iusfilosófica del derecho penal de enemigo. Precisiones sobre la interpretación de Kant.", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 10-03, 2008
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Estatus y derechos del imputado", *Dogmática del Derecho Penal, Tomo II, Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, Miraflores, 2014
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2016
- PESQUEIRA ZAMORA, María Jesús, NUEVO LÓPEZ, Pablo, ARIAS DÍEZ, María Isabel, y otros, *Introducción al Derecho, Parte General y Parte Especial*, Coordinadores CORTÉS PACHECO, Carmen y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo, Dykinson, Madrid, 2015
- PICÓ I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 2011
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *La construcción del 'enemigo' y la reconfiguración de la 'persona'*, en CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Madrid, 2006

- PLANCHAT TERUEL, José María, "Prueba ilícita. Fundamento y tratamiento", en *Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Estudios sobre prueba penal, Volumen I, La Ley, Madrid, 2010
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2005
- PULIDO QUECEDO, Manuel, "Las escuchas telefónicas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Nota sobre la STEDH, de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela Contreras contra España", *Repertorio Aranzadi del TC nº 15*, Madrid, 1998
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *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
- RAMOS RUBIO, Carlos, "La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia", *Manuales de formación continuada nº 12*, CGPJ, Madrid, 2000
- RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, Aranzadi, Madrid, 2000
- RIVES SEVA, Antonio Pablo, "Reflexiones sobre el efecto reflejo de la prueba ilícita", Artículo doctrinal, www.noticiasjuridicas.com, Diciembre 2010
- RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, 2002
- RODRÍGUEZ LAÍNIZ, José Luis, "Identificación del terminal y sujeto pasivo en la intervención judicial de las comunicaciones", *Diario La Ley nº 6585*, Madrid, 2006
- RODRÍGUEZ LAÍNIZ, José Luis, "Consideraciones jurídicas en torno a la licitud constitucional de SITEL", *Diario La Ley nº 7344*, Madrid, 2010
- RODRÍGUEZ LAÍNIZ, José Luis, "Sobre la dimensión privada y familiar del derecho al secreto de las comunicaciones", *Diario La Ley nº 7598*, Madrid, 2011
- RODRÍGUEZ LAÍNIZ, José Luis, "Sobre la naturaleza formal del derecho al secreto de las comunicaciones: dimensión constitucional e histórica", *Diario La Ley nº 7647*, Sección Doctrina, Madrid, 8 de junio de 2011
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2011

- RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis, "Exclusionary rules y garantías procesales en el ordenamiento procesal penal español", *Diario La Ley* nº 8203, Sección Doctrina, Madrid, 2 de diciembre de 2013
- RODRÍGUEZ LAÍN, José Luis, *El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal*, Sepin, Madrid, 2016
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Colex, Madrid, 1997
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "Las intervenciones telefónicas", en "La prueba en el proceso penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Las intervenciones telefónicas: medios de investigación y fuente de prueba*, CGPJ, Madrid, 1994
- RODRIGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1998
- RODRIGUEZ RUIZ, Blanca, "El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de Derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 56, Madrid, 1999
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Colex, Madrid, 1987
- ROQUETA BUJ, Remedios, "El Derecho a la Intimidad de los Trabajadores", *Protección Jurídica de la Intimidad*, Iustel, Madrid, 2012
- ROVIRA DEL CANTO, María Pilar, "La prueba ilegalmente obtenida", en *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones, Planes Provinciales y Territoriales de Formación*, Madrid, 1993
- ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000
- SALAS CALERO, Luis, "Aspectos materiales y procesales del principio acusatorio: problemas probatorios, prueba ilícita y procesos penales socialmente relevantes. La exclusión de pruebas ilícitamente obtenidas en el Derecho Procesal de los Estados Unidos", *Revista Poder Judicial* nº 66, Madrid, 2002
- SERRANO MAILLO, María Isabel, "El derecho a la intimidad de los internos en prisión en la comunicación con sus abogados", *Revista Actualidad Penal* nº 19, Madrid, 1999
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, "El derecho de defensa según la Sentencia nº 79/2012 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo", *Diario La ley* nº 7850, Madrid, Mayo 2012

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Retos Científicos y retos políticos de la Ciencia del Derecho Penal. Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003
- URÍA MARTÍNEZ, Joan Francesc, "Intervenciones telefónicas. Aproximación al estado de la cuestión", *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2000
- VAN WEEZEL, Alex, *Persona como sujeto de imputación y dignidad humana*, CANCIO MELIÁ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Edisofer SL, Madrid, 2006
- VEGAS TORRES, Jaime, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy, "Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: correcciones actuales y tendencias de futuro", *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy, "Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)", *Revista General de Derecho* nº 624, Madrid, 1996
- VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles, "La teoría de conexión de antijuricidad y las declaraciones autoincriminatorias: Requisitos para la utilización como prueba de cargo de estas declaraciones en supuestos de declaración de nulidad de intervenciones telefónicas", *Revista del Poder Judicial* nº 93, Madrid, 2012
- WALTER, Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, Temis, Bogotá, 1985
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006
- ZARAGOZA TEULER, Vicenta Ángeles, "Intervención de las comunicaciones: puntuales aspectos sustantivos y procesales", www.noticiasjuridicas.com, Artículo doctrinal, julio 2003

RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

CAPÍTULO I

LA INJERENCIA EN LA INTIMIDAD Y EN LAS COMUNICACIONES COMO MEDIO DE INVESTIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

- * STC nº 31/1981, de 28 de julio.
- * STC nº 81/1982, de 21 de diciembre.
- * STC nº 73/1983, de 30 de julio.
- * STC nº 22/1984, de 17 de febrero.
- * STC nº 107/1984, de 23 de noviembre.
- * STC nº 114/1984, de 29 de noviembre.
- * STC nº 53/1985, de 11 de abril.
- * STC nº 196/1987, de 11 de diciembre.
- * STC nº 64/1988, de 12 de abril.
- * STC nº 188/1991, de 3 de octubre.
- * STC nº 252/1993, de 20 de julio.
- * STC nº 85/1994, de 14 de marzo.
- * STC nº 183/1994, de 20 de junio.
- * STC nº 34/1996, de 11 de marzo.
- * STC nº 175/1997, de 27 de octubre.
- * STC nº 58/1998, de 16 de marzo.
- * STC nº 81/1998, de 2 de abril.
- * STC nº 49/1999, de 5 de abril.
- * STC nº 141/1999, de 22 de julio.
- * STC nº 171/1999, de 27 de septiembre.
- * STC nº 236/1999, de 20 de Diciembre.
- * STC nº 47/2000, de 17 de febrero.
- * STC nº 175/2000, de 26 de junio.
- * STC nº 299/2000, de 11 de diciembre.
- * STC nº 169/2001, de 16 de julio.
- * STC nº 70/2002, de 3 de abril.
- * STC nº 123/2002, de 20 de mayo.
- * STC nº 167/2002, de 18 de septiembre.
- * STC nº 194/2002, de 28 de octubre.
- * STC nº 54/2003, de 24 de marzo.

- * STC nº 169/2003, de 29 de septiembre.
- * STC nº 184/2003, de 23 de octubre.
- * ATC nº 255/2007, de 23 de mayo.
- * STC nº 107/2012, de 21 de mayo.
- * STC nº 241/2012, de 17 de diciembre.
- * STC nº 170/2013, de 7 de octubre.
- * STS nº 283/1988, de 5 de febrero.
- * ATS, de 18 de junio de 1992.
- * STS de 12 de abril de 1993.
- * STS de 18 de octubre de 1993.
- * STS nº 990/1994, de 19 de marzo.
- * STS nº 1889/1994, de 31 de octubre.
- * STS nº 2096/1994, de 23 de noviembre.
- * STS nº 442/1995, de 20 de febrero.
- * STS nº 711/1996, de 19 de octubre.
- * STS nº 538/1997, de 23 de abril.
- * STS nº 579/1998, de 22 de abril.
- * STS nº 137/1999, de 8 de febrero.
- * STS nº 511/1999, de 24 de marzo.
- * STS nº 130/2007, de 19 de febrero.
- * STS nº 79/2012, de 9 de febrero.
- * STS nº 644/2012, de 18 de julio.
- * STS nº 503/2013, de 19 de junio.
- * STS, Sala 5ª, de 24 de abril de 2014.
- * STS, Sala 5ª, de 29 de enero de 2015.
- * STS nº 864/2015, de 10 de diciembre.
- * STEDH *caso Golder vs. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975.
- * STEDH *caso Klass y otros vs. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978.
- * STEDH *caso Silver y otros vs. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1983.
- * STEDH *caso Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984.
- * STEDH *caso Olsson vs. Suecia*, de 24 de marzo de 1988.
- * STEDH *caso Schönenberger y Durmaz vs. Suiza*, de 20 de junio de 1988.
- * STEDH *caso Schenk vs. Suiza*, de 12 de julio de 1988.
- * STEDH *caso Huvig vs. Francia*, de 24 de abril de 1990.
- * STEDH *caso Kruslin vs. Francia*, de 24 de abril de 1990.
- * STEDH *caso S. vs. Suiza*, de 2 de noviembre de 1991.
- * STEDH *caso Domenichini vs. Italia*, de 15 de noviembre de 1996.
- * STEDH *caso Haldford vs. Reino Unido*, de 25 de junio de 1997.

- * STEDH *caso Kopp vs. Suiza*, de 25 de marzo de 1998.
- * STEDH *caso Valenzuela Contreras vs. España*, de 30 de julio de 1998.
- * STEDH *caso Prado Bugallo vs. España*, de 18 de febrero de 2003.
- * STEDH *caso Doerga vs. Holanda*, de 27 de abril de 2004.
- * STEDH *caso Petri Sallinen y otros vs. Finlandia*, de 27 de septiembre de 2005.
- * STEDH *caso Viola vs. Italia*, de 5 de octubre de 2006.
- * STEDH *caso Castravet vs. Moldavia*, de 13 de Marzo de 2007.
- * STEDH *caso Calmanovici vs. Rumanía*, de 1 de julio de 2008.
- * STEDH *caso Tsonyo Tsonev vs. Bulgaria*, de 1 de octubre de 2009.
- * *caso JACKSON vs. EEUU*, (96 U.S. 727 (1877))
- * SAN, de 26 de junio de 1993.
- * SAP MÁLAGA, Sección Segunda, nº 10/1992, de 23 de marzo.
- * SAP SEVILLA, Sección Primera, de 29 de diciembre de 1999.

CAPÍTULO II

LA INTERVENCIÓN TELEFÓNICA COMO MEDIDA DE INJERENCIA EN LA INVESTIGACIÓN.

- * STC nº 30/1981, de 24 de julio.
- * STC nº 196/1987, de 11 de diciembre.
- * STC nº 176/1988, de 4 de octubre.
- * STC nº 14/1991, de 28 de enero.
- * STC nº 188/1991, de 3 de octubre.
- * STC nº 71/1994, de 3 de marzo.
- * STC nº 85/1994, de 14 de marzo.
- * STC nº 183/1994, de 20 de junio.
- * STC nº 50/1995, de 23 de febrero.
- * STC nº 100/1995, de 20 de junio.
- * STC nº 37/1998, de 17 de febrero.
- * STC nº 26/2006, de 30 de enero.
- * STC nº 49/1996, de 26 de marzo.
- * STC nº 207/1996, de 16 de diciembre.
- * STC nº 123/1997, de 1 de julio.
- * STC nº 58/1998, de 16 de marzo.
- * STC nº 18/1999, de 22 de febrero.
- * STC nº 49/1999, de 5 de abril.

- * STC nº 166/1999, de 27 de septiembre.
- * STC nº 126/2000, de 16 de mayo.
- * STC nº 299/2000, de 11 de diciembre.
- * STC nº 14/2001, de 29 de enero.
- * STC nº 138/2001, de 18 de junio.
- * STC nº 169/2001, de 16 de julio.
- * STC nº 202/2001, de 15 de octubre.
- * STC nº 82/2002, de 22 de abril.
- * STC nº 123/2002, de 20 de mayo.
- * STC nº 154/2002, de 18 de julio.
- * STC nº 167/2002, de 18 de septiembre.
- * STC nº 54/2003, de 24 de marzo.
- * STC nº 184/2003, de 23 de octubre.
- * STC nº 198/2003, de 10 de noviembre.
- * STC nº 165/2005, de 20 de junio.
- * STC nº 205/2005, de 18 de julio.
- * STC nº 259/2005, de 24 de octubre.
- * STC nº 261/2005, de 24 de octubre.
- * STC nº 26/2006, de 30 de enero.
- * STC nº 36/2006, de 13 de febrero.
- * STC nº 104/2006, de 3 de abril.
- * STC nº 136/2006, de 8 de mayo.
- * STC nº 150/2006, de 22 de mayo.
- * STC nº 253/2006, de 11 de septiembre.
- * ATC nº 255/2007, de 23 de mayo.
- * STC nº 197/2009, de 28 de septiembre.
- * STC nº 219/2009, de 21 de diciembre.
- * STC nº 26/2010, de 27 de abril.
- * STC nº 68/2010, de 18 de octubre.
- * STC nº 70/2010, de 18 de octubre.
- * STC nº 9/2011, de 28 de febrero.
- * STC nº 25/2011, de 14 de marzo.
- * STC nº 145/2014, de 22 de septiembre.
- * STS, Sala 2ª, de 16 de enero de 1992.
- * STS, Sala 2ª, de 12 de abril de 1993.
- * STS, Sala 2ª, de 25 de mayo de 1993.
- * STS, Sala 2ª, de 2 de julio de 1993.
- * STS, Sala 2ª, de 9 de julio de 1993.

- * STS, Sala 2ª, de 11 de octubre de 1993.
- * STS, Sala 2ª, de 18 de octubre de 1993.
- * STS, Sala 2ª, 21 de enero de 1994.
- * STS, Sala 2ª, de 20 de mayo de 1994.
- * STS, Sala 2ª, de 12 de Septiembre de 1994.
- * STS, Sala 2ª, de 31 de octubre de 1994.
- * STS, Sala 2ª, de 12 de enero de 1995.
- * STS, Sala 2ª, de 18 de mayo de 1995.
- * STS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 1995.
- * STS, Sala 2ª, de 1 de diciembre de 1995.
- * STS nº 20/1996, de 28 de marzo.
- * STS nº 524/1996, de 10 de julio.
- * STS nº 554/1996, de 22 de Julio.
- * STS nº 738/1996, de 11 de octubre.
- * STS nº 160/1997, de 4 de febrero.
- * STS nº 273/1997, de 24 de febrero.
- * STS nº 538/1997, de 23 de abril.
- * STS nº 792/1997, de 30 de mayo.
- * STS nº 1149/1997, de 26 de septiembre.
- * STS nº 1332/1997, de 3 de noviembre.
- * STS nº 288/1998, de 26 de febrero.
- * STS nº 467/1998, de 3 de Abril.
- * STS nº 1426/1998, de 23 de noviembre.
- * STS nº 227/1999, de 20 de febrero.
- * STS, Sala 2ª, de 11 de abril de 1999.
- * STS nº 628/1999, de 22 de abril.
- * STS nº 960/1999, de 15 de junio.
- * STS nº 1032/1999, de 21 de junio.
- * STS nº 340/2000, de 3 de marzo.
- * STS nº 1115/2000, de 19 de junio.
- * STS nº 1287/2000, de 18 de julio.
- * STS nº 1661/2000, de 27 de noviembre.
- * STS nº 1898/2000, de 12 de diciembre.
- * STS nº 698/2001, de 28 de abril.
- * STS nº 807/2001, de 11 de mayo.
- * STS nº 1184/2001, de 10 de noviembre.
- * STS nº 2209/2001, de 23 de noviembre.
- * STS, Sala 2ª, de 28 de noviembre de 2001.

- * STS nº 2470/2001, de 27 de diciembre.
- * STS nº 21/2002, de 15 de enero.
- * STS nº 998/2002, de 3 de Junio.
- * STS nº 1748/2002, de 25 de octubre.
- * STS nº 2102/2002, de 13 de diciembre.
- * STS nº 18/2003, de 18 de enero.
- * STS nº 75/2003, de 23 de enero.
- * STS nº 263/2003, de 19 de febrero.
- * STS nº 429/2003, de 21 de marzo.
- * STS nº 275/2004, de 5 de marzo.
- * STS nº 473/2004, de 13 de abril.
- * STS nº 774/2004, de 16 de junio.
- * STS nº 986/2004, de 13 de septiembre.
- * STS nº 1040/2004, de 23 de septiembre.
- * STS nº 1191/2004, de 21 de octubre.
- * STS nº 1194/2004, de 7 de diciembre.
- * STS nº 1489/2004, de 18 de diciembre.
- * STS nº 705/2005, de 6 de junio.
- * STS nº 719/2005, de 6 de junio.
- * STS nº 1142/2005, de 20 de septiembre.
- * STS nº 1099/2005, de 30 de septiembre.
- * STS nº 94/2006, de 10 de febrero.
- * STS nº 201/2006, de 5 de marzo.
- * STS nº 297/2006 de 6 de Marzo.
- * STS nº 660/2006, de 6 de junio.
- * STS nº 1286/2006, de 30 de noviembre.
- * STS nº 77/2007, de 7 de febrero.
- * STS nº 265/2007, de 9 de abril.
- * STS nº 338/2007, de 25 de abril.
- * STS nº 926/2007, de 13 de noviembre.
- * STS nº 610/2007 de 28 de Mayo.
- * STS nº 14/2008, de 18 de enero.
- * STS nº 25/2008, de 29 de enero.
- * STS, Sala 3ª, de 5 de febrero de 2008.
- * STS nº 402/2008, de 30 de junio.
- * STS nº 503/2008, de 17 de julio.
- * STS nº 537/2008, de 12 de septiembre.
- * STS nº 777/2008 de 18 de Noviembre.

- * STS nº 960/2008, de 26 de diciembre.
- * STS nº 901/2009, de 22 de enero.
- * STS nº 40/2009, de 28 de enero.
- * STS nº 59/2009, de 3 de febrero.
- * STS nº 231/2009, 5 de marzo.
- * STS nº 250/2009, de 13 de marzo.
- * STS nº 509/2009, de 13 de mayo.
- * STS nº 593/2009, de 8 de junio.
- * STS nº 834/2009, de 29 de julio.
- * STS nº 1114/2009, de 12 de noviembre.
- * STS nº 1215/2009, de 30 de diciembre.
- * STS nº 6/2010, de 27 de enero.
- * STS nº 151/2010, de 22 de febrero.
- * STS nº 267/2010, de 31 de marzo.
- * STS nº 309/2010, de 31 de marzo.
- * STS nº 457/2010, de 25 de mayo.
- * STS nº 513/2020, de 2 de junio.
- * STS nº 616/2010, de 3 de junio.
- * STS nº 605/2010, de 24 de junio.
- * STS nº 705/2010, de 15 de julio.
- * STS nº 972/2010, de 29 de septiembre.
- * STS nº 1009/2010, de 10 de noviembre.
- * STS nº 1151/2010, de 17 de diciembre.
- * STS nº 1093/2010 de 30 de diciembre.
- * STS nº 85/2011 de 7 de febrero.
- * STS nº 565/2011, de 6 de junio.
- * STS nº 629/2011, de 23 de junio.
- * STS nº 940/2011, de 27 de septiembre.
- * STS nº 1044/2011, de 11 de octubre.
- * STS nº 1086/2011, de 19 de octubre.
- * STS nº 1161/2011, de 31 de octubre.
- * STS nº 79/2012, de 9 de febrero.
- * STS nº 207/2012, de 12 de marzo.
- * STS nº 554/2012, de 4 de julio.
- * STS nº 636/2012, de 13 de julio.
- * STS nº 658/2012, de 13 de julio.
- * STS nº 635/2012, de 17 de julio.
- * STS nº 712/2012, de 26 de septiembre.

- * STS nº 751/2012, de 28 de septiembre.
- * STS nº 740/2012, de 10 de octubre.
- * STS nº 88/2013, de 17 de enero.
- * STS nº 339/2013, de 20 de marzo.
- * STS nº 431/2013, de 15 de mayo.
- * STS nº 506/2013, de 22 de mayo.
- * STS nº 575/2013, de 28 de junio.
- * STS nº 592/2013, de 11 de junio.
- * STS nº 855/2013, de 11 de noviembre.
- * STS nº 706/2014, de 22 de octubre.
- * STS nº 513/2015, de 9 de septiembre.
- * STS nº 482/2016, de 3 de junio.
- * STS nº 684/2016, de 26 de julio.
- * STS nº 101/2017, de 20 de febrero.
- * STEDH *caso Airey vs. Irlanda*, de 9 de octubre de 1979.
- * STEDH *caso Pakelli vs. Austria*, de 25 de abril de 1983.
- * STEDH *caso Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984.
- * STEDH *caso Kostovski vs. Holanda*, de 20 de noviembre de 1989.
- * STEDH *caso S. vs. Suiza*, de 2 de noviembre de 1991.
- * STEDH *caso Domenichini vs. Italia*, de 15 de noviembre de 1996.
- * STEDH *caso Kopp vs. Suiza*, de 25 de marzo de 1998.
- * STEDH *caso Valenzuela Contreras vs. España*, de 30 de julio de 1998.
- * STEDH *caso Foxley vs. Reino Unido*, de fecha 20 de junio de 2000.
- * STEDH *caso Valainas vs. Lituania*, de 24 de julio de 2001.
- * STEDH *caso Prado Bugallo vs. España*, de 18 de febrero de 2003.
- * STEDH *caso Basani vs. Italia*, de 11 de diciembre de 2003.
- * STEDH *caso Petri Sallinen y otros vs. Finlandia*, de 27 de septiembre de 2005.
- * ATEDH *caso Abdulkadir Coban vs. España*, de 25 de Septiembre de 2006.
- * STEDH *caso Castravet vs. Moldavia*, de 13 de marzo de 2007.
- * STEDH *caso Tsonyo Tsonev vs. Bulgaria*, de 1 de octubre de 2009.
- * STEDH *caso Kennedy vs. Reino Unido*, de 18 de mayo de 2010.
- * STEDH *caso Szabó y Vissy vs. Hungría*, de fecha 12 de enero de 2016.

CAPÍTULO III

LA DECLARACIÓN DE ILICITUD DE LA PRUEBA EN LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y SU ENCAJE EN EL PROCESO PENAL.

- * STC nº 25/1981, de 14 de julio.
- * ATC nº 103/1982, de 3 de marzo.
- * STC nº 55/1982, de 26 de julio.
- * STC nº 114/1984, de 29 de noviembre.
- * STC nº 66/1985, de 23 de mayo.
- * STC nº 107/1985, de 7 de octubre.
- * STC nº 174/1985, de 17 de diciembre.
- * STC nº 64/1986, de 21 de mayo.
- * STC nº 159/1986, de 16 de diciembre.
- * STC nº 37/1989, de 15 de febrero.
- * STC nº 66/1992, de 29 de abril.
- * STC nº 63/1993, de 1 de marzo.
- * STC nº 303/1993, de 25 de octubre.
- * STC nº 85/1994, de 14 de marzo.
- * STC nº 244/1994, de 15 de septiembre.
- * STC nº 86/1995, de 6 de junio.
- * STC nº 54/1996, de 26 de marzo.
- * STC nº 207/1996, de 16 de diciembre.
- * STC nº 45/1997, de 11 de marzo.
- * STC nº 81/1998, de 2 de abril.
- * STC nº 49/1999, de 5 de abril.
- * STC nº 161/1999, de 27 de septiembre.
- * STC nº 171/1999, de 27 de septiembre.
- * STC nº 238/1999, de 20 de diciembre.
- * STC nº 8/2000, de 17 de enero.
- * STC nº 126/2000, de 16 de mayo.
- * STC nº 14/2001, de 29 de enero.
- * STC nº 149/2001, de 27 de junio.
- * STC nº 22/2003, de 10 de febrero.
- * STC nº 184/2003, de 23 de octubre.
- * STC nº 66/2009, de 9 de marzo.
- * STS 12 de mayo de 1986.

- * STS 12 de septiembre de 1986.
- * STS 24 de febrero de 1990.
- * STS de 29 de marzo de 1990.
- * ATS, de 18 de junio de 1992.
- * STS, Sala 2ª, de 6 de abril de 1994.
- * STS, Sala 2ª, de 6 de marzo de 1995.
- * STS, Sala 2ª, de 7 de abril de 1995.
- * STS, Sala 2ª, de 5 de junio de 1995.
- * STS nº 974/1997, de 4 de julio.
- * STS nº 1313/2000, de 21 de julio.
- * STS nº 1391/2000, de 14 de septiembre.
- * STS nº 1641/2000, de 23 de octubre.
- * STS nº 367/2001, de 22 de marzo.
- * STS nº 1203/2002, de 18 de julio.
- * STS nº 58/2003, de 22 de enero.
- * STS nº 160/2003, de 24 de febrero.
- * STS nº 498/2003, de 24 de abril.
- * STS nº 694/2003, de 20 de junio.
- * STS nº 224/2004, de 31 de marzo.
- * STS nº 1219/2004, de 10 de diciembre.
- * STS, Sala 2ª, de fecha 28 de noviembre de 2006.
- * STS nº 237/2007, de 21 de marzo.
- * STS nº 358/2007, de 30 de abril.
- * STS nº 91/2011, de 18 de febrero.
- * STS nº 316/2011, de 6 de abril.
- * STS nº 79/2012, de 9 de febrero.
- * STS nº 116/2017, de 23 de febrero.
- * STEDH *caso Schenk vs. Suiza*, de 12 de julio de 1988.
- * STEDH *caso K.S. y M. S. vs. Alemania*, de fecha 6 de octubre de 2016.
- * *caso Silverthorne Lumber Co. vs. 251 United States. 385 (1920)*.
- * *caso Nardon Vs. United States* (Dec.11, 1939, 60 S.)
- * *caso Wong vs. United States* (371 US 471, 1963).
- * *caso US vs. Janis* (428 Us 433, 1976).
- * *caso Nix vs. Williams* (467 US 431, 1984).
- * *caso Leon vs. United States*, (468 US 897, 1984).
- * *caso Segura vs. United States* (468 US 796, 1984).
- * *caso Massachusetts vs. Sheppard* (468 US 981, 1984).
- * Sentencia TS belga de 22 de mayo de 2015, *caso KB Lux*.

- * Sentencia Corte de Casación francesa de 27 de noviembre de 2013.
- * Sentencias Corte de Casación italiana de 26 de septiembre de 2012 y 17 de abril de 2013.
- * Sentencia Tribunal Constitucional alemán de 9 de noviembre de 2010.