

HACIA LA COBERTURA LEGAL DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA REFORMA DEL ART. 579 LECrim

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO

Sumario: I. Introducción.–II. Intervenciones telefónicas y derechos fundamentales: el derecho al secreto de las comunicaciones. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos fundamentales.–III. Las intervenciones telefónicas en España: a) Concepto. b) Regulación constitucional. 1. Consideraciones previas. 2. Delimitación del término secreto. 3. Titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones. c) Regulación legal: art. 579 LECrim: 1. La práctica las intervenciones telefónicas sin base legal alguna: i. STEDH de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela Contreras contra España. ii. STC 49/1999, de 5 de abril. 2. La realización de intervenciones con base legal tras la reforma de la LO 4/1988, de 25 de marzo: i. STEDH de 18 de febrero de 2003, Caso Prado Bugallo contra España. ii. STC 184/2003, de 23 de octubre. 3. La práctica de intervenciones telefónicas con base jurisprudencial. ¿Es posible la creación judicial del derecho?–III. Propuesta de reforma del art. 579 LECrim.–IV. Algunas puntualizaciones en relación a la propuesta.

I. INTRODUCCIÓN

El actual panorama de las telecomunicaciones, revolucionado por la aparición y progresiva proliferación de la telefonía móvil ha dejado al descubierto un nuevo y fácil camino para la delincuencia, en especial la organizada, que se sirve de las nuevas tecnologías para llevar a cabo sus propósitos delictivos.

Hace unos meses, concretamente el 17 de abril de 2004 se publicaba en el diario LE MONDE, un artículo titulado «Les écoutes téléphoniques au coeur de la lutte antiterroriste» en el cual se resaltaba la utilización de medios tecnológicos y, en concreto de la telefonía, por parte de organizaciones terroristas como Al-Qauida¹.

En consecuencia, si los criminales están desarrollando y actualizando su *modus operandi* a la hora de delinquir y si ese desarrollo y actualización se nutre fundamentalmente de las telecomunicaciones, es imprescindible que se busquen instrumentos que ayuden a combatir este tipo de criminalidad cada día más extendida en nuestra sociedad.

Sin duda alguna y pese a que la intervención de las comunicaciones telefónicas no siempre evita la tragedia², ésta se configura como una de las medidas más efectivas de las que actualmente disponemos para luchar contra la delincuencia³.

Ahora bien, las intervenciones telefónicas con el objetivo de comprobar hechos delictivos e identificar a los responsables pueden gravemente afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que es necesario alcanzar un justo equilibrio entre la actividad encaminada a la investigación y descubrimiento de actividades delictivas y la salvaguarda del conjunto de derechos de toda

¹ «Les interceptions, couplées à l'Humint —human intelligence, le renseignement humain— sont actuellement les principaux éléments dont nous disposons pour éviter le pire», explique un officier. «Ah! Non: nous avons aussi la chance, corrige-t-il. C'est elle, aussi, qui a permis d'endiguer une centaine d'attentats depuis la fin de la guerre froide!».

² Los mensajes interceptados no siempre proporcionan una indicación clara y precisa sobre los tipos de ataques planificados y los lugares en los cuales se van a cometer porque una vez recopilados los datos comienza el verdadero trabajo: en ocasiones es necesaria traducción y además el análisis de los datos requiere un tiempo y unos medios técnicos que ni siquiera los servicios americanos poseen, ya que según el Diario LE MONDE, en el artículo antes mencionado, la NSA recopila cada día unos diez millones de datos, de los cuales tan solo son tratados un 10%.

Otro inconveniente de las escuchas telefónicas es que pueden anunciar falsas alarmas, como por ejemplo ocurrió en la primavera de 2003, fecha en la que la comunidad occidental estaba convencida de una importante operación terrorista por la captación de varias conversaciones en las que aparecía el término «la construcción de la cocina esta lista».

³ Por ejemplo, en enero de 2004 una parte de la red islamista planeaba asesinar al presidente pakistaní Pervez Moucharraf y gracias a la captación de diversas conversaciones se pudo evitar la tragedia.

De la eficacia de la interceptación de las escuchas telefónicas pueden también dar fe los jueces Baltasar Garzón y Juan del Olmo. Gracias a ellas han sido recientemente detenidos siete islamistas que iban a comprar dinamita a ETA para volar la Audiencia Nacional (EL MUNDO, 18-octubre-2004 y LE MONDE, 20-octubre-2004).

persona en un estado de derecho⁴. En este sentido, conviene tener en cuenta el Auto del Tribunal Supremo de 1992 conocido como «Caso Naseiro» el cual señaló que en el ámbito del proceso penal, la verdad real no se puede obtener a cualquier precio, es decir, no todo método es válido y útil por el mero hecho de alcanzar la verdad a través del mismo⁵, pues la verdad material sólo puede ser alcanzada dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones que impone el ordenamiento jurídico: sólo la ley ha de fijar los límites en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución⁶. Circunstancia ésta última que se presenta como un verdadero obstáculo dada la escasa regulación sobre intervenciones telefónicas existentes en nuestro país.

II. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El derecho al secreto de las comunicaciones es junto al derecho a la vida, a la libertad y a la intimidad uno de los más importantes y vulnerables derechos que se recogen tanto en textos internacionales como en las Constituciones democráticas⁷.

No es de extrañar, por tanto, que desde mediados del siglo pasado los textos internacionales hayan incluido el secreto de las comunicaciones dentro del catálogo de derechos fundamentales.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece en su art. 12 que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia,...».

⁴ En realidad, de lo que se trata es de ponderar los intereses en conflicto: por un lado el *ius puniendi* del Estado y, por otro, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, ya que el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado no puede ser ilimitado en el sentido de conseguir a cualquier precio la eficacia, sino que ha de estar matizado por el hecho de que el interés público ha de ceder ante el individual en determinados casos.

⁵ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO: «Intervenciones telefónicas (Comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril)» En Repertorio Aranzadi del TC. Vol. II. Parte Estudio, págs. 1757-1782.

⁶ En el mismo sentido, MONTÓN REDONDO, A.: «Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas». En LA LEY, 1995, n.º 4.

⁷ Por ejemplo, el art. 10 Ley Fundamental del Bonn.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966⁸, prohíbe en su artículo 17 las injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia, por ser ésta una manifestación de la intimidad de las personas y reconoce el derecho de la persona a que la ley le proteja de toda clase de injerencias o ataques de esta naturaleza.

No obstante, el texto internacional más relevante sobre la materia es el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹, no sólo porque dedica un artículo específico, el art. 8, al secreto de las comunicaciones, sino también por la labor que Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene desempeñando desde finales de los años setenta con el objetivo de fijar un denominador común que guíe y armonice los requisitos y condiciones necesarios para proceder a la intervención de las comunicaciones ya sean postales, telegráficas o telefónicas.

El art. 8 del Convenio Europeo reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia¹⁰. Por su parte, en el apartado 2 introduce una regulación más detallada destinada a eliminar la posible arbitrariedad de la actuación de los poderes públicos que pueda afectar a estos derechos fundamentales: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto 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 del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

La redacción del art. 8.2 podía dar lugar a varias interpretaciones no exentas de controversia; es por ello que el TEDH dedicó una especial atención particularmente a tres aspectos: En primer lugar, era necesario que se pronunciase acerca de la expresión «*injerencia prevista por la ley*». En segundo lugar, debía aclarar también los términos «*necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública (...)*». Y por último, la autoridad competente para acordar la medida constituía asimismo un aspecto

⁸ Ratificado por España mediante Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril).

⁹ Suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España mediante Instrumento de 16 de septiembre de 1989 (BOE núm. 243 de 10 de octubre)

¹⁰ El propio TEDH señaló en el caso Klass y otros contra Alemania en 1978 que aunque el párrafo 1 del artículo 8 no menciona las conversaciones telefónicas, éstas se encuentran comprendidas en las nociones de «vida privada» y de «correspondencia».

relevante que el artículo 8 no abordaba y que por tanto, dada su importancia, requería una concreción.

A) Previsión expresa de la injerencia en el derecho interno

El primer pronunciamiento que el TEDH dictó sobre esta materia se centró en la interpretación que había que dar al término ley. Existían dos posibilidades: entender ley en sentido formal o, por el contrario, en sentido material. Se decantó por la segunda opción, es decir, por la ley en sentido material. Así, quedaban incluidas *las disposiciones de rango inferior al legislativo y el «derecho no escrito»*¹¹ y, en principio, se excluían las disposiciones de carácter interno de la Administración, como las circulares que, sin embargo, podrían ser tenidas en cuenta, en la medida en que fuesen conocidas por los interesados, para averiguar si al aplicar la norma correspondiente se había respetado el requisito de la previsión¹².

Por otro lado, si el TEDH equipara la ley al derecho no escrito, significa que la costumbre también podría entenderse como un medio apto y no vulnerador del art. 8 CEDH para prever y regular la injerencia¹³.

Para terminar, debemos señalar que no son frecuentes las condenas a los Estados por no prever su ordenamiento la injerencia¹⁴ porque su derecho interno la suele recoger: el problema es de índole cualitativa, en el sentido de que la ley no es suficientemente completa y adolece de algún defecto por no precisar determinados extremos.

¹¹ Caso Huvig (punto 28) y Kruslin (punto 29) contra Francia, entre otras.

¹² STEDH de 25 de marzo de 1983: Caso Silver.

¹³ En ordenamientos jurídicos continentales resulta prácticamente impensable que la costumbre pueda regular una injerencia a un derecho fundamental. Es por ello, que el TEDH al incluir el derecho no escrito se está refiriendo a sistemas anglosajones.

Pensemos por ejemplo en el sistema judicial español. El CC establece en su artículo 1.1 CC que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Sin embargo, la CE exige que los derechos fundamentales sean regulados sólo y exclusivamente por ley y además por tipo determinado de ley: Ley orgánica. Por lo tanto, es de dudosa aceptación que pudiese ser la costumbre la que regulase un derecho fundamental y el derecho al secreto de las comunicaciones lo es.

¹⁴ Al menos en ninguna de las sentencias del TEDH que he consultado he encontrado este tipo de vulneración al art. 8.2 CEDH. Más aún si tenemos en cuenta que por previsión el TEDH no exige una ley, sino que basta con que la jurisprudencia determine o concrete la injerencia.

**b) Cobertura legal habilitante para la adopción de la medida:
Caso Klass contra Alemania; caso Malone contra Reino
Unido y Casos Huvig y Kruslin contra Francia.**

El requisito de cobertura legal no apareció como tal hasta 1984 en el Caso Malone¹⁵ ya que con anterioridad, el TEDH no distinguía entre previsión en derecho interno y cobertura legal en sentido estricto, aunque la distinción se deducía tácitamente en el Caso Klass y otros contra Alemania¹⁶ al señalar en el punto n.º 50 lo siguiente: *«Cualquiera que sea el sistema de vigilancia adoptado, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos. 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»*.

Una vez realizada la distinción, el TEDH señaló en la Sentencia Malone que el artículo 8.2 del CEDH *«no se limita a remitirse al derecho interno, sino que se refiere también a la calidad de la ley»*, lo que supone que la ley *debe ser compatible con la preeminencia del Derecho*¹⁷.

¹⁵ STEDH de 2 agosto de 1984.

¹⁶ STEDH de 6 de septiembre de 1978. Caso Klass y otros contra Alemania.

El caso «Klass y otros contra Alemania» tiene su origen en una demanda contra la República Federal de Alemania presentada por cinco ciudadanos alemanes (Gerhard Lass, Meter Lubberger, Jürgen, Nussbruch, HasJürgen Pohl y Dieter Selb) el 11 de junio de 1971.

¹⁷ Conviene aclarar que aunque Reino Unido fue condenado por no prever su Derecho interno una ley que precisara la intervención de las comunicaciones telefónicas, en realidad se le imputó la vulneración del secreto de las comunicaciones porque el Derecho inglés no determinaba con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades gubernativas en esta materia.

En este sentido, el TEDH determinó que el Derecho interno debe garantizar suficientemente la protección frente a posibles abusos de la autoridad ya que esta garantía aparece recogida en el Preámbulo del Convenio: *«resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a las libertades y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal»*. Ahora bien, hay que matizar: el Convenio recoge este principio como uno de los elementos del «patrimonio espiritual común» de los Estados Miembros del Consejo de Europa y no como el objeto y fin del Convenio: *«Parece natural y conforme con el principio de la buena fe que se tenga en cuenta este principio al interpretar las disposiciones del Convenio en su contexto y a la luz del objeto y fin del Convenio»*. Vide STEDH de 21 de febrero de 1975, Caso Golder.

La compatibilidad de la ley con la preeminencia del derecho implica que el Derecho interno debe ofrecer alguna protección contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en los derechos garantizados en el art. 8.1¹⁸.

Dado que las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada y a la correspondencia, éstas deben fundarse en una ley clara, detallada y de singular precisión, sobre todo si tenemos en cuenta que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente¹⁹.

En consecuencia, el ciudadano debe disponer de algún tipo de protección contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en los derechos a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia. Y existe un mayor riesgo de arbitrariedad cuando se ejercita en secreto una facultad del Poder ejecutivo. Eso es precisamente lo que ocurre cuando se intervienen las conversaciones telefónicas de una persona.

La exigencia de cobertura legal no quiere decir que el sujeto pueda saber cuándo sus comunicaciones van a estar expuestas a ser interceptadas por las autoridades. Ello no tendría sentido, pues así daría a su conducta una apariencia de conformidad con el Derecho y la finalidad que se persigue con la intervención perdería toda su virtualidad.

Por el contrario, cobertura legal denota claridad: *«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»*²⁰.

Significa también fijación del alcance de la facultad discrecional que se concede a los Poderes Públicos para inferir en este tipo de derechos. No se exige que la ley señale de forma detallada todos y cada uno de los requisitos y procedimientos correspondientes, sino que de-

¹⁸ STEDH de 24 de abril de 1990: Caso Huvig contra Francia, punto 29.

¹⁹ Sentencias del TEDH de 24 de Abril de 1990: Caso Kruslin (punto 33) y Huvig (punto 32) contra Francia.

²⁰ Caso Kruslin (punto 30, párrafo 3.º) y Huvig (punto 29, párrafo 3.º).

En palabras de ELOY M. LÓPEZ GARCÍA, *«Las intervenciones telefónicas: una crisis anunciada»*, en Actualidad Jurídica ARANZADI n.º 594: *«(...) deben ser previsibles las consecuencias que se deriven de la aplicación de la norma (sentido y naturaleza de las medidas aplicables)»*.

fin a el alcance y la manera de utilizar dicha facultad con la suficiente claridad para proporcionar al individuo la adecuada protección contra una injerencia arbitraria²¹. En este sentido, la ley aplicable debe estar publicada en los cauces normales de difusión del Derecho en el Estado concreto o, como mínimo, tenerla a disposición de los ciudadanos²².

c) Necesidad de la medida

En virtud del art. 8.2 del Convenio, la injerencia en el secreto de las comunicaciones ha de ser necesaria para conseguir alguno de los fines previstos en dicho artículo, es decir, para salvaguardar *«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»*.

La investigación de un delito, en el seno de un proceso penal, es, sin duda alguna, uno de los fines que justifica la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones personales, siempre que tal medida aparezca como «necesaria».

Para determinar la necesidad o no de la medida, el TEDH ha acudido al criterio de la proporcionalidad²³. Así, en la sentencia de 25 de marzo de 1983 (asunto Silver, punto n.º 97) y 20 de junio de 1988 (asunto Schönenberger, punto n.º 27) afirmó que *«para revestir un carácter necesario en una sociedad democrática, una injerencia debe basarse en una necesidad social imperiosa y, especialmente, ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida»*.

El adjetivo «necesario» no es sinónimo de «indispensable», y tampoco se puede equiparar a los términos «admisible», «útil», «razonable» u «oportuno»²⁴.

²¹ STEDH Silver y otros de 25 de Marzo de 1983.

²² Este requisito de ley pública se atenuó en la STEDH de 28 de marzo de 1990 (Caso Groppera Radio) y de 22 de mayo de 1990 (Caso Autronic). En ambos casos, el TEDH consideró cumplido por el Estado Suizo el requisito de la accesibilidad teniendo a disposición de los interesados el Reglamento Internacional de las Radiocomunicaciones (más de 1000 páginas), si bien no se hallaba —por razones obvias de extensión— publicado en el Boletín Oficial de Leyes Federales.

²³ Para el estudio de la proporcionalidad como principio constitucional e instrumento para la protección de derechos fundamentales véase: GONZÁLEZ CUÉLLAR, N.: *«Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal»*, COLEX y BERNAL PULIDO, C.: *«El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales»*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2003.

²⁴ STEDH de 25 de marzo de 1983. Caso Silver contra Reino Unido, punto n.º 97 a).

Además, los Estados contratantes disfrutaban de un cierto margen de apreciación para juzgar sobre la existencia y el alcance de tal necesidad, aunque la decisión final sobre la compatibilidad de este juicio con el Convenio corresponde al TEDH. Es decir, el TEDH trata de determinar si el juez nacional ha apreciado mal la necesidad de la injerencia²⁵.

**d) Autoridades competentes para acordar la intervención.
STEDH de 6 de Septiembre de 1978. Caso Klass y otros
contra Alemania**

Determinar cual es la autoridad competente para acordar una intervención telefónica ha sido siempre una cuestión polémica. El punto de controversia ha girado en torno a si debía estar legitimada sólo y exclusivamente la autoridad judicial o si por el contrario cualquier otra autoridad, con independencia de su naturaleza, podía acordar la intervención telefónica.

En España y en Francia se optó por el denominado principio de jurisdiccionalidad, lo que significa que la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser decretada por un órgano dotado de potestad jurisdiccional, es decir, por un juez o un tribunal y bajo ningún concepto las autoridades administrativas o gubernativas son competentes para decretar la injerencia.

En cambio, en otros países como Inglaterra la intervención de las comunicaciones puede ordenarla el Ministro del Interior, y en Alemania se permite la intervención por decisión también de la autoridad política y bajo control sólo político.

Por su parte, el TEDH se pronunció acerca de esta cuestión en el *caso Klass y otros contra Alemania*. Los demandantes denunciaban como contrarios a los artículos 6, 8 y 13 del Convenio, el artículo 10.2 de la Ley Fundamental de Bonn y la ley G10 (Ley de 13 de agosto de 1978, relativa a la restricción del secreto de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones), por cuanto que estas disposiciones, de una parte, habilitaban a las autoridades para informales posteriormente de las medidas tomadas contra ellos, y, de otra parte, no les permitían impugnar esas medidas ante la jurisdicción de derecho común.

²⁵ STEDH de 24 de marzo de 1988. Caso Olsson contra Suecia, punto n.º 67.

En este supuesto, el TEDH no estimó vulneración alguna del art. 8.2 CEDH a pesar de que la intervención fuese ordenada por el ejecutivo porque la intervención era sometida a un control posterior de carácter extrajudicial ante la Comisión G10 y un Comité de cinco parlamentarios: el ministro competente daba cuenta cada mes a la Comisión G10 de las medidas por él ordenadas e informaba al Comité de cinco parlamentarios, al menos una vez por semestre, del estado de aplicación de la medida.

Asimismo, señaló que una injerencia del ejecutivo en los derechos de un individuo debía ser sometida a un control eficaz que asegurase, al menos como último recurso, el poder judicial, pues ofrece las mejores garantías de independencia, de imparcialidad y de regularidad en el procedimiento²⁶.

Ahora bien, aunque en principio es deseable que el control sea confiado a un juez en un campo donde los abusos son potencialmente propiciados en casos individuales y podrían entrañar consecuencias perjudiciales para la sociedad democrática en su conjunto, el TEDH declara que si el órgano competente para acordar la injerencia, con independencia de su naturaleza extrajudicial, cumple con las garantías de independencia, imparcialidad y de regularidad en el procedimiento la exclusión del control judicial no vulnerará los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática. El Comité de cinco parlamentarios y la Comisión G10 son independientes de las autoridades que desarrollan la vigilancia, están investidos de poderes y atribuciones suficientes para ejercer un control eficaz y permanente. En definitiva, pueden ser considerados como poseedores de una independencia suficiente para informar de manera objetiva²⁷.

En conclusión, para el TEDH una intervención de tales características puede ser decretada por una autoridad de naturaleza no jurisdiccional²⁸ siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones: independencia, imparcialidad y regularidad en el procedimiento.

²⁶ Caso Klass contra Alemania, párrafo 55.

²⁷ Caso Klass, párrafo 56.

²⁸ De hecho, el art. 8 CEDH no exige que la medida sea acordada por una autoridad judicial, sino tan solo que esté prevista por la ley.

III. LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN ESPAÑA

a) Concepto

En palabras de López Fragoso²⁹, 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 de Instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente³⁰, 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 determinados elementos probatorios».

Dado que la intervención recae sobre una intervención telefónica, es necesaria la existencia de distancia entre los que participan en la comunicación misma, que se realiza por medio de un artilugio o artificio técnico. Este artilugio es el teléfono con independencia de que se trate de un teléfono por cable, un inalámbrico o un móvil³¹.

b) Regulación constitucional

1. Consideraciones previas

El art. 18.3 CE por el que se reconoce el «secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas»³², está encuadrado en el Título I, Capítulo II, Sección 1.ª, lo que significa que nos encontramos ante un derecho fundamental que permite

²⁹ LÓPEZ-FRAGOSO, TOMÁS: «Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal». Editorial Colex, 1991.

³⁰ En otros países como Alemania o Italia el Ministerio Fiscal e incluso una autoridad administrativa, son también competentes para decretar la medida.

³¹ STC 34/1994, de 11 de marzo.

En el mismo sentido, STS de 8 de febrero de 1999: «No sólo la primitiva telefonía por hilos, sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas se encuentra bajo la tutela judicial».

³² Este precepto se complementa con el artículo 55.1 CE, el cual prevé la suspensión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en los supuestos de declaración de estado de excepción o de sitio, así como en los casos en que de forma individual y con la necesaria intervención judicial y adecuado control parlamentario, sea regulada por Ley Orgánica la suspensión de este derecho, junto con otros más previstos en el precepto, «para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas».

a los ciudadanos recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios mediante un proceso basado en los principios de preferencia y sumariidad y recurrir, en su caso, ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo. Además, obliga al legislador a regular la materia mediante ley orgánica sin que pueda verse afectado el «contenido esencial» de tales derechos³³.

En cuanto al contenido del artículo que nos ocupa, el concepto de «secreto» al que hace referencia tiene carácter formal, en el sentido de que se predica de la comunicación con independencia de su contenido y también de que pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado³⁴.

Por otro lado, en un primer momento la doctrina consideró que el secreto de las comunicaciones era una manifestación más del derecho a la intimidad³⁵ aunque actualmente la doctrina mayoritaria en-

³³ La CE hace referencia al contenido esencial en el art. 53.1, el cual contiene una declaración general de la garantía legal de los derechos: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.ª». Se trata de un concepto jurídico indeterminado que constituye un auténtico límite a la acción de los poderes públicos, especialmente a la potestad legislativa del Estado. El TC en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, trató de delimitar desde el primer momento lo que debía entenderse por contenido esencial: «Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales. El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

³⁴ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

³⁵ ROMERO COLOMA, «Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal», Madrid, 1987, p. 58; MARTÍNEZ DE PISON, «El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional», Madrid, 1993, p. 127; GIL HERNÁNDEZ; POZA CISNE-

tiende que el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones son derechos con distinto fundamento³⁶. Por ejemplo, Narváez Rodríguez³⁷ es partidario de la distinción porque entiende, al igual que López-Barja de Quiroga³⁸, que el artículo 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, pues toda comunicación es para la norma fundamental secreta, aunque sólo algunas sean íntimas.

También la jurisprudencia ha establecido la distinción entre intimidad y secreto de las comunicaciones. Sirva como ejemplo la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de junio de 1991, según la cual del «conjunto normativo se desprende ya inicialmente la distinción entre intimidad, como noción material o área que cada persona reserva para sí, que se identifica por el contenido, y al que se refiere el párrafo 1 del artículo 18 de la Constitución, y comunicación, que es noción formal sin relación al contenido que atiende a un medio en alguna manera técnico, al que alude el párrafo 3 del mismo artículo 18 (...)».

Por el contrario, el ATS de 18 de junio de 1992 confunde ambos derechos y alude constantemente al derecho a la intimidad en vez de al secreto a las comunicaciones: «(...) en las situaciones que ahora se contemplan está en juego uno de los derechos constitucionales más importante, como ya se dijo: el derecho a la intimidad en uno de sus componentes más interesantes».

ROS; PÉREZ LUÑO: «*Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*». Madrid, 1984, el cual afirma que «la redacción del artículo 18 induce a pensar que el constituyente ha considerado los dos distintos supuestos que en él se enumeran, para ser objeto de tutela, como manifestaciones de un derecho único»; o FÁBREGA RUIZ, C.F.: «*Secreto a las comunicaciones y proceso penal*». LA LEY, 1997, n.º 4, pág. 1187 y ss. Este último autor entiende que, aunque con un reconocimiento especial, los art. 18.2 y 18.3 CE son manifestaciones del derecho a la intimidad porque el precepto constitucional se inicia con la expresión «se garantiza el derecho y no los derechos...»

³⁶ JIMÉNEZ CAMPO, «*La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*», en «Comentarios a la legislación penal», tomo VII, Madrid, 1986, pág. 8 y ss.

MORENO CATENA, «*Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*», en «Jornadas sobre la Justicia Penal en España», en número especial III de Poder Judicial, 1987, pág. 154 y ss.

³⁷ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO: «*Escuchas (...)*». Op. Cit. Página 124.

³⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIRIGA, JACOBO. «*Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*», Madrid. Ed. Akal, D.L., 1989.

La jurisprudencia posterior, fuertemente influida por esta resolución, ha continuado identificando erróneamente³⁹ ambos derechos como uno sólo⁴⁰.

2. Delimitación del término «secreto»

En la misma línea que el TEDH, el TC señala en la sentencia 114/1984 que el concepto de «secreto» del art. 18.3 CE cubre, no sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores. Por ello, el recuento o *comptage*⁴¹ también puede llegar a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones si los datos obtenidos a través del mismo se ponen en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado.

De lo anterior se deduce que el secreto de las comunicaciones comprende la mera existencia de la llamada telefónica⁴² y el listado de las llamadas efectuadas por un teléfono, no así el nombre de los titulares de teléfonos móviles⁴³.

En consecuencia, la policía, sin resolución judicial, no puede por sí misma ni siquiera pedir a los servicios del hotel que le informen de las llamadas efectuadas desde una habitación del mismo o a una

³⁹ Tal y como señala MONTERO AROCA, JUAN: «La intervención de...» op., cit. Página 49, «La gravedad de la confusión llega a manifestarse en que la propias bases de datos de jurisprudencia al establecer las «voces» a las que se refiere una sentencia, en la que el tema principal es el de la intervención telefónica, hablan de «Derecho a la intimidad», y no de «Derecho al secreto de las comunicaciones».

⁴⁰ Sirvan a modo de ejemplo las siguientes sentencias aunque la lista no se acaba aquí: STS de 22 de julio de 1998 (DER. 98/11998), de 4 de junio de 1998 (DER. 98/5857), de 6 de abril de 1998 (DER. 2350), de 3 de abril de 1998 (DER. 98/1715), de 26 de febrero de 1998 (DER. 1282).

⁴¹ El recuento o *comptage* es un mecanismo (un contador combinado con un aparato impresor) que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y la duración de cada llamada (STEDH de 27 de octubre de 1983, Caso Malone).

⁴² STS de 24 de junio de 1995 (DER. 95/3888).

⁴³ SAP de Palencia de 3 de febrero de 1998: «El contenido de la mencionada providencia no (...), ni comporta violación de derechos fundamentales porque solicite la identificación de los titulares de dos teléfonos móviles, dato que entendemos no está comprendido dentro del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, pero por el contrario sí estimamos que citado derecho fundamental comprende no sólo la proscripción, salvo resolución judicial debidamente motivada, de las escuchas y en su caso grabación de las conversaciones telefónicas, sino también el simple control de las llamadas realizadas desde un determinado aparato telefónico (...).

empresa de telefonía que le informe del listado de las llamadas efectuadas por un teléfono móvil⁴⁴.

Por último, la investigación de la titularidad del contrato de abono telefónico numerado no afecta a la intimidad ni a la reserva de las comunicaciones, pero sí la información acerca de los números de abono con los que se estableció comunicación en cierto periodo del pasado inmediato⁴⁵.

3. *Titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas*

No hay duda alguna sobre la titularidad de las personas físicas, nacionales o extranjeras, menores o mayores de edad. Mayores dificultades se presentan respecto a las personas jurídicas⁴⁶.

En determinados supuestos la propia CE reconoce de modo expreso derechos a las personas jurídicas. Por ejemplo, el art. 27.6 CE: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales».

Ahora bien, el hecho de que la CE no les conceda expresamente titularidad en determinados supuestos no significa que no la ostenten. Las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales cuando su titularidad sea necesaria, o por lo menos, conveniente, para la consecución de su mismo objeto social⁴⁷. En este sentido, la sentencia del TC 137/1985, de 17 de octubre señaló que «(...) *el derecho a la inviolabilidad del domicilio conviene también a las Entidades mercantiles*».

⁴⁴ MONTERO AROCA, JUAN: «*La intervención de...*», op. Cit. Página 52.

⁴⁵ STS de 9 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8953).

⁴⁶ Respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas puede verse CRUZ VILLALÓN, Pedro: «*Dos cuestiones de titularidad de derechos: Los extranjeros; Las personas jurídicas*», en Revista Española de Derecho Constitucional, 1992, núm. 35. Sobre las personas jurídicas públicas, RIAZ LEMA: «*¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*», en Revista de Administración Pública, 1989, núm. 20, y LASAGABASTER, «*Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público*», en «Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. E. García de Enterría», Madrid, 1991, pág. 651 y ss.

⁴⁷ O dicho de otra forma, «cuando la titularidad de aquellos derechos fundamentales sea compatible con lo que es la misma en su esencia de ente colectivo». Vide MARTÍN MORALES: «*El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*», Madrid, 1995, op. Cit. Página 73.

También se reconoce a las personas jurídicas el derecho al secreto de las comunicaciones⁴⁸. Así, las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de delitos contra la intimidad, como el delito de descubrimiento y revelación de secretos (art. 200 del CP) o del delito de allanamiento de domicilio de persona jurídica (art. 203 del CP) pero este derecho sólo puede limitarse sobre personas físicas en virtud del art. 579 de la LECrim, ya que éstas con las únicas que pueden ser responsables criminalmente.

Evidentemente, el teléfono del que es titular una persona jurídica puede ser intervenido por resolución judicial en tanto en cuanto sea un teléfono utilizado por la persona física que está siendo investigada judicialmente y sobre la que recaen indicios de criminalidad.

c) Regulación legal

Tal y como hemos adelantado, el art. 18.3 CE reconoce «la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial». Ahora bien, si el único requisito para limitar o suspender este derecho se reduce a la simple resolución judicial no amparada por una ley que específicamente delimite los supuestos, condiciones y circunstancias en que deben acordarse las interceptaciones de las comunicaciones telefónicas, estaremos abriendo un enorme portal al abuso e, incluso, en determinados casos a la arbitrariedad⁴⁹. Por ello, es necesario que los jueces dicten estas resoluciones amparándose en una norma que fije sus competencias y los supuestos en que deben acordar las limitaciones a este derecho porque «los jueces sólo son garantes de la libertad cuando deciden *secundum legem*, esto es, motivando su resolución en la decisión previa del legislador»⁵⁰.

Así, y pese a la postura del TC⁵¹, el artículo 18.3 CE no es por sí solo suficiente para conferir al juez el poder de autorizar el levantamiento

⁴⁸ STS de 4 de febrero de 1998 (DER. 98/754).

⁴⁹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO: «Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal», en Revista del Ministerio Fiscal, 1995, n.º 1, págs. 125 y 126.

⁵⁰ JIMÉNEZ CAMPOS: «Comentarios a la legislación penal». Tomo VII. EDESA. 1986, pág. 8 y ss.

⁵¹ El TC ha destacado en multitud de sentencias, entre otras, la 16/1982, de 28 de abril; 81/1982, de 21 de diciembre; 7/1983, de 14 de febrero; 53/1985, de 11 de abril; 129/1985, de 17 de julio o 252/1993, de 20 de julio, que la Constitución no es un mero catálogo de principios vinculantes y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, sino que por el contrario, constituyen una norma ju-

de las comunicaciones ya que en palabras de González Guitián⁵² «la exigencia de autorización judicial no puede considerarse salvaguarda suficiente de la intimidad mientras suponga, como supone hoy, un mero trámite burocrático o, en todo caso, un cheque en blanco».

En consecuencia, queda patente la necesidad de un marco legal que delimite los supuestos y los requisitos que sirvan de base para la resolución judicial a través de la cual se acuerda la intervención telefónica⁵³.

En este sentido debemos destacar que hasta 1988 el ordenamiento jurídico español no contenía ninguna disposición relativa a la intervención de las comunicaciones telefónicas, ya que el art. 579 LE-Crim tan sólo hacía referencia a la correspondencia privada, postal y telegráfica. No obstante, la ausencia de regulación procesal era colmada de un lado, mediante la aplicación analógica de los artículos 579 LE-Crim y ss. referidos a la correspondencia privada postal y telegráfica y, de otro, por los artículos 192 bis y 497 bis del antiguo Código Penal de 1973, ambos introducidos por la LO 7/1984, de 15 de octubre⁵⁴. El primero de ellos tipificaba la interceptación de las comunicaciones telefónicas sin autorización judicial y agravaba la pena en caso de que la interceptación fuese cometida por una autoridad, funcionario público o agente de éstos o por persona perteneciente a alguna compañía concesionaria o arrendataria del servicio telefónico o telegráfico del Estado⁵⁵. Por su parte, el art. 497 bis fue incluido en

rídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal «tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos... están sujetos a ella». Es decir, los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero de la Constitución son directamente alegables ante los Tribunales y además, éstos y los poderes públicos están vinculados a su cumplimiento y observancia.

⁵² GONZÁLEZ GUITIÁN: «Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos», en Comentarios a la Legislación Penal, EDESA, 1986, tomo VII, pág. 131.

⁵³ Comparte también esta opinión NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO: «Escuchas...», op. Cit. pág. 128: «(...) las normas constitucionales tienen un valor normativo claro y son de vinculación directa y eficacia inmediata para los poderes públicos, pero exigen una normativa legal ordinaria que desarrolle específicamente los supuestos y los requisitos en que los derechos fundamentales (...) se vean limitados, a fin de evitar arbitrariedades y abusos a la hora de facultar mediante resolución judicial la intromisión en la intimidad personal».

⁵⁴ La reforma llevada a cabo por esta Ley se debió a un problema puntual que tuvo lugar a mediados de los años 80: la preocupación surgida en el seno del grupo parlamentario de Alianza Popular ante determinadas escuchas ilegales que supuestamente se habían producido en aquellas fechas, lo que motivó la presentación urgente de una proposición de ley por parte de este grupo.

⁵⁵ Art. 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

el Cap. VII del Tít. XII bajo la denominación «Del descubrimiento y revelación de secretos»⁵⁶.

A la vista de la regulación penal sobre la materia cabía preguntarse si estos artículos recogidos en el Antiguo Código Penal podían actuar como norma legal validante para fundamentar la legalidad de una escucha telefónica conforme a los requisitos exigidos por el artículo 8.2 del CEDH.

La Sentencia del TS de 5 de febrero de 1988 entendió que los artículos 192 bis y 497 bis junto a la LO 9/1984, de 26 de diciembre, relativa a bandas armadas y grupos terroristas, eran suficientes para establecer unos cauces procedimentales a los que poder atenerse el juez a la hora de decretar la interceptación de las comunicaciones de un determinada persona. Sin embargo, el propio TS dejaba patente la necesidad de una ley futura que regulara este tipo de intervenciones.

Más reacia fue la doctrina a dar cobertura legal a las intervenciones telefónicas a través de los preceptos antes citados, ya que tal y como señala Narváez Rodríguez «los artículos del Código Penal introducidos por la Ley de 1984, únicamente tipifican determinadas conductas y el requisito de la autorización judicial no es más que un presupuesto del tipo en uno de ellos, pero no establecen, como era de prever, la existencia de una regulación procedimiento que habilite los supuestos en que puede concederse esa autorización judicial y las condiciones para su concesión»⁵⁷.

Finalmente, fue la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de marzo la que dotó a las intervenciones telefónicas de cobertura legal en nuestro sistema procesal. Cobertura legal que desde el punto de vista de la legalidad ordinaria ciertamente es insuficiente⁵⁸. Por esta razón, se han elaborado por vía jurisprudencial las reglas sobre la forma co-

artículo 55.2 de la Constitución, 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.

⁵⁶ Art. 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.

⁵⁷ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO: «Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal». En Revista del Ministerio Fiscal n.º 1, 1995, pág. 135.

⁵⁸ Sobre la insuficiencia del artículo 579 LECrim véase el apartado II.d 2. La realización de intervenciones con base legal tras la reforma de la LO 4/1988, de 25 de marzo

recta de realización de la medida de interceptación de las conversaciones telefónicas y para ello, se ha tenido en cuenta tanto la propia LECrim por aplicación analógica, como la normativa internacional vigente acerca de esta medida, en especial, tal y como hemos adelantado unas líneas más arriba, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo⁵⁹.

Esta evolución normativa y jurisprudencial de las escuchas telefónicas ha provocado tres situaciones diferentes:

1. La práctica de intervenciones telefónicas sin base legal alguna hasta 1988 y que ha supuesto la condena de España por parte del TEDH.
2. La realización de intervenciones con base legal tras la reforma de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de marzo, que también ha sido objeto de condena.
3. La práctica de intervenciones telefónicas con base legal y jurisprudencial tras el Auto del TS de 1992 relativo al «Caso Naiseiro». Supuesto este último que ante la ausencia de pronunciamiento por parte del TEDH plantea un interrogante de difícil respuesta: ¿Puede la jurisprudencia colmar las lagunas del art. 579 de la LECrim? O dicho de otra forma, ¿es posible en un Estado de Derecho la creación judicial del derecho? La respuesta a esta pregunta en uno u otro sentido es controvertida y a ella dedicaré el último epígrafe de este trabajo.

1. Práctica de intervenciones telefónicas sin base legal alguna:

- i. STEDH de 30 de abril de 1998: Caso Valenzuela Contreras Contreras contra España.

⁵⁹ Téngase en cuenta que por vía del artículo 96 de la Constitución Española, los tratados y convenios ratificados por España pasan a integrarse en nuestro ordenamiento jurídico interno; pero además, al ser el secreto de las comunicaciones una materia que afecta a los Derechos Humanos, es también de aplicación el art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre esta materia ratificados por España».

De lo anterior se extrae la siguiente consecuencia: por encima de la regulación constitucional y legal existente sobre intervenciones telefónicas en España, hay que tener presente la legislación internacional que no sólo pasa a formar parte de nuestro acervo jurídico, sino que además establece criterios interpretadores de las normas y garantías procesales que han de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona.

Sobre esta cuestión véase GARCÍA ORTIZ, Luís: «El CEDH como norma del ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la jurisprudencia del TEDH». En Boletín Aranzadi Penal núm. 1/2004.

Entre el 26 de noviembre y 20 de diciembre de 1985, el Sr. Valenzuela Contreras es sujeto de una intervención telefónica. Gracias a esta intervención se descubrió que se habían hecho numerosas llamadas desde el teléfono del Sr. Valenzuela a los de la Sña. M., a su novio y sus parientes próximos pero la persona que llamaba colgaba en cuanto el teléfono era descolgado y, en consecuencia, nunca se pudo determinar quién era el autor de las llamadas.

En aquella fecha no existía en derecho interno ningún precepto que específicamente se refiriese a las intervenciones telefónicas. Se aplicaba analógicamente el Título VIII del Libro II de la LECrim «relativo a la entrada y registro en lugar cerrado, del de los libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica»⁶⁰.

Para el TEDH no cabe duda que el derecho interno cumplía con el requisito de la accesibilidad: *«Nada niega la existencia de una base legal sobre la materia en el Derecho español. El Tribunal se limita a constatar que el artículo 18.3 de la Constitución, sobre el que el Juez de instrucción fundó su diligencia de intervención de la línea telefónica prevé que <se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial>»*⁶¹.

En cambio, no ocurre lo mismo con el requisito de la previsibilidad en sentido estricto, ya que el TEDH condenó a España porque *«algunas de las condiciones que se desprenden del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la «ley» y garantizar en consecuencia el respeto de la vida privada y de la correspondencia, no están incluidas en el art. 18.3 CE ni en las disposiciones de la LECrim (...), principalmente la definición de las categorías de personas susceptibles de ser so-*

⁶⁰ Art. 579 LECrim: «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».

Art. 581 LECrim: «El empleado que haga la detención remitirá inmediatamente la correspondencia detenida al Juez instructor de la causa».

Art. 583 LECrim: «El auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia (...) determinará la correspondencia que haya de ser detenida o registrada (...).

Art. 586 LECrim: «La operación se practicará abriendo el Juez por sí mismo la correspondencia (...).

Art. 588 LECrim: «La apertura de la correspondencia se hará constar por diligencia (...) Esta diligencia será firmada por el Juez instructor, el Secretario y demás asistentes».

⁶¹ STEDH de 30 de julio de 1998. Caso Valenzuela Contreras contra España (párrafo 49).

metidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas»⁶².

Llama la atención el argumento del Gobierno español en su intento por convencer al TEDH de que la intervención fue lícita y estaba prevista en la ley. Para el Gobierno, el Juez que ordenó la vigilancia de la línea telefónica del demandante respetó en este caso las garantías fijadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente, las contempladas en el Auto de 18 de junio de 1992 (RJ 1992\6102)⁶³ y en las sentencias *Huvig contra Francia* y *Kruslin contra Francia*, ambas del TEDH, pues indicó la identidad y los números de teléfono de los dos sospechosos, precisó que la intervención atendía a las necesidades de una investigación de ciertos hechos sobre los que había en curso una investigación policial, limitó la duración de dicha intervención a un mes y controló la ejecución de la medida.

Sin embargo, tal y como señala el TEDH este argumento carece de fundamento porque «*el Juez que ordenó la interceptación de las comunicaciones telefónicas del demandante no estaba obligado a conocer tales condiciones, cinco años antes de pronunciarse, en 1990, las sentencias Kruslin y Huvig*». Admitir la posición del Gobierno español supondría aceptar que «*el Juez de instrucción habría anticipado las salvaguardias y garantías contra la arbitrariedad cinco años antes de pronunciarse las sentencias Kruslin y Huvig contra Francia*»⁶⁴.

En definitiva, lo que el TEDH viene a decir es «*que antes de 1988 en el Derecho español no se contaba con una ley que estableciera los requisitos mínimos de las intervenciones telefónicas, por lo que todas las realizadas hasta la promulgación de la LO 4/1988 carecieron de verdadera base legal y todas las sentencias dictadas en base a ellas violaron lo establecido en el art. 8 del CEDH. De este modo ha acabado dándose la*

⁶² Caso Valenzuela Contreras (párrafo 59).

⁶³ A grandes rasgos, el TS considera que la falta de motivación efectiva, la ausencia de control y de periodicidad del control, la disociación entre autorización e investigación, la entrega de copias, la no constatación de la proporcionalidad y la indeterminación de la medida y sus límites son vulneraciones que determinan la nulidad de la prueba de intervención telefónica.

⁶⁴ En el mismo sentido, Caso Valenzuela Contreras (párrafo 60): «El Juez de instrucción que decretó la interceptación de las comunicaciones telefónicas del demandante aplicó el mismo cierto número de garantías que no han sido precisadas, como afirma el Gobierno, sino por una jurisprudencia muy posterior.

*razón a los que sostenían que el art. 18.3 de la CE no bastaba para legalizar las intervenciones telefónicas»*⁶⁵.

ii. La STC 49/1999, de 5 de abril.

También se refiere a intervenciones telefónicas acaecidas con anterioridad a la reforma de la LECrim de 25 de mayo de 1988 la STC 49/1999 de 5 de abril, en la que además de tratarse la calidad de la ley española en sede de escuchas telefónicas se abordan otras cuestiones de importantísima relevancia como la prueba ilegal o prohibida y los indicios o sospechas necesarios para proceder a una intervención de estas características.

Aclara desde un primer momento el TC que dado que la injerencia en el secreto de las comunicaciones se produjo entre diciembre de 1986 y abril de 1987, es decir, con fecha anterior a la modificación, no le *«corresponde ahora analizar si, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1988, en el artículo 579 LECrim se han cumplimentado, desde la perspectiva de las exigencias de certeza dimanantes del principio de legalidad, las condiciones que exige la jurisprudencia del TEDH en los casos Kruslin y Huvig contra Francia y Valenzuela Contreras contra España»*⁶⁶.

A la hora de abordar el supuesto, el TC parte de una idea inicial clave: si la injerencia tuvo lugar entre diciembre de 1986 y abril de 1987, es decir, con anterioridad a la reforma, y si el TEDH ya decretó en el caso Valenzuela Contreras contra España la vulneración al secreto de las comunicaciones del art. 8.2 CEDH por una escucha acaecida asimismo antes de la modificación (noviembre y diciembre de 1985) porque 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, ello nos lleva a la conclusión de que también en este caso se vulneró el secreto a las comunicaciones contemplado en el art. 8.3 CEDH y 18.3 CE.

Apreciada la vulneración, el TC examina si la misma implica necesariamente la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizan la intervención: *«sí, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias*

⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan, *«La intervención de las comunicaciones...»*, op. cit. Pág. 75.

⁶⁶ Fundamento de derecho n.º 5.

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

Y para determinar si la medida adoptada, aún en ausencia de ley, es necesaria, adecuada y proporcionada es preciso conocer las circunstancias que rodean a cada caso en concreto y qué implica la proporcionalidad⁶⁷. Siguiendo al propio TC⁶⁸, el principio de proporcionalidad requiere que la injerencia en un derecho fundamental vaya dirigida a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarla y será una injerencia justificada sólo en la medida en que suponga un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulte proporcionada a ese sacrificio. En otras palabras, la proporcionalidad implica que la intervención, su duración y extensión sea acorde con las circunstancias del caso, especialmente la naturaleza del delito, su gravedad y su propia trascendencia social⁶⁹. Lo que significa que sólo los delitos graves⁷⁰ pueden dar lugar a una interceptación telefónica, y, únicamente por tiempo indispensable.

⁶⁷ Vide supra nota 21.

⁶⁸ STC 85/1994, 181/1995, 49/1996, 54/1996 y 123/1997.

⁶⁹ Por gravedad no sólo hay que entender delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad elevada, sino también aquellos otros con gran trascendencia social.

⁷⁰ Téngase en cuenta que a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento alemán o italiano, la LECrim no establece un catálogo de delitos en el cual se admita la intervención. Este catálogo ayudaría mucho al juez a la hora de dictar el auto que acordase la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

La jurisprudencia española ha reconocido que existe gravedad y, por tanto, se puede acordar la intervención, cuando se trata de un delito de tráfico de drogas (STS de 6 de febrero de 1995-RJ 1995/755), cohecho, corrupción de funcionarios públicos (STS de 25 de junio de 1993-DER 93/6289), prostitución (STS de 2 de diciembre de 1993-Ley 135/1994, SAP Sevilla de 8 de marzo de 1993, Ley 170/1993)), robo (SAP Valladolid de 18 de febrero de 1997-ARP 1997/254), delito de contrabando dependiendo de la importancia del alijo descubierto en el caso concreto (SAP Córdoba de 4 de julio de 1997-ARP 1997/1092) y delitos contra la libertad en el trabajo y falsificación de pasaportes (STS de 4 de abril de 1994-RJ 1995/2867). En cambio, se niega la proporcionalidad cuando se trata de un delito contra la propiedad intelectual por pirateo informático (SAP Lleida de 23 de marzo de 1998).

Por su parte, el TEDH también requiere que la medida vaya dirigida a un fin legítimo para que ésta sea proporcionada y por ende, lícita. El art. 8.2 CEDH realiza una enumeración taxativa de los fines justificativos de las restricciones estatales del derecho al secreto de las comunicaciones: «*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, si no en tanto en cuanto (...) 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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*». Pese a que la CE no establece expresamente un catálogo cerrado de fines hacia los que las limitaciones de los derechos y libertades deban orientarse, el TC ha entendido que los límites expresados en el CEDH deben ser respetados e incluso se ha apoyado en el art. 10 CE, en el texto del CEDH y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para la admisión de ciertos «bienes constitucionalmente protegidos», con capacidad limitativa de derechos, cuya efectiva protección constitucional no resultaba tan clara desde los propios preceptos constitucionales.

2. *La realización de intervenciones con base legal tras la reforma de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de marzo.*

i. STEDH de 18 de febrero de 2003: *Caso Prado Bugallo contra España*.

Ya no cabía duda respecto de la insuficiencia de la ley española en materia de intervenciones telefónicas antes de que tuviera lugar la reforma de 1988. Sin embargo, quedaba pendiente un pronunciamiento relativo a la adecuación del nuevo art. 579 LECrim al régimen de salvaguardias y garantías estipulado por las sentencias *Kruslin* y *Huvig* contra Francia.

Éste tuvo lugar en la STEDH de 18 de febrero de 2003: *Caso Prado Bugallo contra España* y la respuesta que dio el Tribunal fue, como en otras ocasiones, contundente: condena a España por insuficiencia y falta de calidad de la ley española en sede de intervenciones telefónicas.

En esta ocasión, las injerencias en el secreto de las comunicaciones tuvieron lugar a finales de 1990 (septiembre y noviembre). La Audiencia Nacional condenó al demandante a 22 años y 3 meses de prisión más el pago de varias multas. La condena se basó en las grabaciones, las declaraciones de los inculpados, los dictámenes periciales solicitados y las pruebas materiales recogidas durante la investigación.

El TEDH admite que si bien el ordenamiento jurídico español ha avanzado considerablemente en sede de intervenciones telefónicas con la reforma de 1988, ésta, no obstante, continúa siendo insuficiente porque no ofrece una reglamentación exhaustiva en la materia. Estima que las garantías que rodean la intervención de las comunicaciones telefónicas en España junto con las exigencias que se derivan de su jurisprudencia no son adecuadas para evitar la arbitrariedad de los poderes que tienen encomendada esta función.

El art. 579 LECrim tan sólo delimita: la forma que debe adoptar la resolución de intervenir las líneas: necesidad de auto motivado; el plazo y los motivos⁷¹ de la prórroga de la intervención: 3 meses prorrogables por el mismo período⁷²; el objeto de la medida: descubrimiento o verificación de un hecho o circunstancia importante para el asunto; y las personas susceptibles de intervención⁷³.

A sensu contrario, la Ley de 1988 no establece: a) la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas; b) la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; c) las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial; d) las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y la defensa.

Las deficiencias apuntadas anteriormente obligaron al TEDH a condenar a España por vulneración del art. 8 CEDH porque pese a que la jurisprudencia nacional puede llenar los requisitos exigidos por la necesidad de la ley formal, no ocurre lo mismo respecto de los que se derivan del contenido material de la ley, es decir, de lo que el Tribunal ha denominado «*calidad de la ley*» en las Sentencias *Kruslin* y *Huvig* contra Francia⁷⁴.

⁷¹ No olvidemos que al igual que se requiere auto para acordar el inicio de una intervención telefónica, la continuación de la medida, esto es, la prórroga requiere también un auto motivado que cumpla los requisitos específicos de proporcionalidad, especialidad y necesidad.

⁷² *Vide infra* IV. Algunas puntualizaciones en relación a la propuesta: 5. La duración de la medida.

⁷³ *Vide infra* IV. Algunas puntualizaciones en relación a la propuesta, apartado 2b.

⁷⁴ LÓPEZ GRACÍA, ELOY M.: «Comentario a la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo c. España*». Actualidad Jurídica ARANZADI, año XIII-n.º 594.

ii. STC 184/2003 de 23 de octubre⁷⁵.

Con el Caso Prado Bugallo anteriormente comentado quedó patente, al menos en el marco europeo, la insuficiencia del art. 579 LECrim. Sin embargo, a nivel nacional ningún tribunal se había pronunciado en ese sentido, hasta el punto de que los órganos judiciales españoles, desde las instancias menores hasta las superiores, siempre consideraban legítima la injerencia si se habían respetado las pautas marcadas por la jurisprudencia, especialmente por el ATS de 18 de junio de 1992⁷⁶.

En una sentencia reciente de 23 de octubre de 2003⁷⁷, el TC se aparta de la jurisprudencia anterior para admitir que el art. 579 de la LECrim no satisface los requisitos necesarios para proteger el secreto de las comunicaciones.

Admite sin reservas que dicho artículo no recoge todas las previsiones que viene exigiendo el TEDH para considerar la medida conforme al art. 18.3 CE y 8.2 CEDH. Sin embargo, opina que este problema no se resolvería adecuadamente con una cuestión de inconstitucionalidad porque el art. 55.2 LOTC⁷⁸ está previsto para estimar recursos de amparo en relación a disposiciones legales cuyo contenido contradigan la Constitución, pero no respecto de las que avienen con aquélla y cuya inconstitucionalidad deriva no de su contenido, sino de lo que éste silencia⁷⁹.

Al hilo de este argumento, advierte, en mi opinión con gran acierto, que si procediera a declarar inconstitucional el art. 579 LECrim, el perjuicio sería todavía mayor porque la norma no podría ser aplicada por los tribunales. Existiría así, un completo vacío de legislación

⁷⁵ Al igual que la sentencia anterior, la 49/1999, esta resolución del Tribunal Constitucional aborda también otras cuestiones de gran relevancia, a saber: el descubrimiento de hechos casuales y la eventual repercusión de la estimación de una vulneración al derecho al secreto de las comunicaciones en otros derechos fundamentales como son el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia. Sobre estas cuestiones volveremos a la hora de realizar nuestra propuesta de artículo regulador de las intervenciones telefónicas en España.

⁷⁶ Este mismo auto estipuló que las lagunas, la insuficiencia y la imprecisión del art. 579 LECrim debían ser corregidas por el Juez Nacional y por el TEDH.

⁷⁷ STC 184/2003, de 23 de octubre. (RTC 184\2003).

⁷⁸ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre (*Boletín Oficial del Estado* núm. 239, de 5 de octubre de 1979): «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la sala elevará la cuestión al pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los a. La cuestión se substanciará por el procedimiento establecido en los a».

⁷⁹ Fundamento de derecho n.º 7.

respecto a la intervención de las comunicaciones telefónicas hasta que el legislador procediese a regular la materia con una ley clara y precisa que abarcase todos los extremos que exigen las Sentencia Huvig y Kruslin contra Francia.

En conclusión, hasta que llegue ese momento, son los tribunales los que deben unificar y consolidar su doctrina en materia de intervenciones telefónicas.

3. La práctica de intervenciones telefónicas con base jurisprudencial. ¿Es posible la creación judicial del derecho?

Al hilo de lo anterior ha quedado suficientemente claro que las garantías introducidas por la Ley Orgánica de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia europea, especialmente en las sentencias Kruslin y Huvig contra Francia, para evitar abusos.

Ahora bien, cabe preguntarse a continuación, si el defecto de la norma puede ser colmado por la labor de los Tribunales o si, por el contrario, es al legislador, y no a los Jueces, a quien corresponde dar cumplida respuesta a los requerimientos que la restricción de un derecho fundamental conlleva.

Mucho se ha dicho sobre el valor o la fuerza vinculante de la jurisprudencia⁸⁰, es decir, se ha debatido, sobre todo en los últimos años, si el Juez puede llevar a cabo una tarea de creación judicial del Derecho en cada caso concreto con el objeto de remediar las limitaciones de la norma escrita.

Ya señaló en su momento Eduardo García de Enterría⁸¹ su tajante negativa a esta posibilidad pues la jurisprudencia, tal y como señala el artículo 1 del CC, no es fuente directa del Derecho y además, la facultad de crear Derecho se reserva en el art. 66 de la Constitución a las Cortes Generales⁸².

⁸⁰ Sobre esta cuestión *vide* BACIGALUPO, ENRIQUE: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia», en Estudios de derecho judicial, n.º 34/2001; LÓPEZ GUERRA, LUIS: «La fuerza vinculante de la jurisprudencia». En Actualidad Jurídica Aranzadi, año X n.º 442, junio 2000 y JAÉN VALLEJO, MANUEL: «El valor de la jurisprudencia penal». En Actualidad Jurídica Aranzadi, año XIV, n.º 622, mayo 2004.

⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: «¿Cambio radical del sistema jurídico español?», en el Diario ABC de 6-7-2002.

⁸² Art. 66.2 CE: «Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban los Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución»

En la misma línea argumentativa, ha manifestado Luís Díez Picazo que «una cosa es el valor de integración que la jurisprudencia pueda tener⁸³, y otra muy distinta es su eficacia coactiva, pues... la jurisprudencia no es una decisión de un tribunal, sino una obra colectiva de toda la comunidad jurídica»⁸⁴.

Otros autores⁸⁵, sin embargo, sostienen el valor vinculante de la jurisprudencia en base, por un lado, a los principios de seguridad jurídica y de generalidad del Derecho y por otro, en base al deber inexcusable de los jueces de fallar aun en los supuestos de ausencia de norma escrita⁸⁶.

El principio de generalidad del Derecho exige que la interpretación y forma de aplicación de una ley por parte de los jueces, así como en la forma en que se supla su falta se inspire en criterios universales. Sólo así, se conseguirá una seguridad jurídica fundada en la expectativa de la aplicación uniforme del Derecho⁸⁷.

Por su parte, el principio de seguridad jurídica conlleva inevitablemente a la «necesidad de que a la ley se le agregue la interpretación judicial, la cual en todo momento puede ser modificada por el Parlamento mediante una nueva ley»⁸⁸. Es decir, para estos autores reconocer la fuerza vinculante de la jurisprudencia y, por ende, admitir la creación judicial del Derecho, no supone usurpar al Parlamento su monopolio legislativo.

Al margen de estas consideraciones generales debemos tener en cuenta que en sede de intervenciones telefónicas —objeto de estudio de este trabajo— el propio TEDH nunca ha exigido que fuese una ley la que regulase la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones⁸⁹ ni tampoco ha excluido a la jurisprudencia como fuente habilitadora de las escuchas telefónicas a efectos de cumplir con el

⁸³ Según el art. 6 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.

⁸⁴ DÍEZ PICAZO, LUÍS: «*Jurisprudencia y Seguridad Jurídica*», en el Diario ABC de 31-7-2002.

⁸⁵ JAEN VALLEJO, MANUEL: «*El valor...*». Op. Cit. Pág. 2.

LÓPEZ GUERRA, LUIS: «*La fuerza vinculante de la jurisprudencia*». En Actualidad Jurídica Aranzadi. Año X, n.º 442. 2000.

⁸⁶ Artículo 1.6 CC: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

⁸⁷ LÓPEZ GUERRA, LUIS: «*La fuerza...*». Op. Cit. Pág. 2.

⁸⁸ TRILLO, RAMÓN: «*La mirada del Estado*», en Diario ABC de 17-7-2002.

⁸⁹ Vide *supra* II a: Previsión expresa de la injerencia en el derecho interno.

requisito de calidad de la ley. Es más, el TEDH ha llegado a declarar que no infringiría el Convenio el hecho de que la injerencia de la autoridad pública no apareciese establecida de forma expresa en un texto normativo pero sí a través de una interpretación de las normas existentes realizada por los tribunales⁹⁰.

El TEDH se pronunció en este sentido porque en los ordenamientos jurídicos pertenecientes al common law, la jurisprudencia es fuente de derecho y, en consecuencia, en países como Reino Unido, la injerencia en el secreto a las comunicaciones es lícita si la doctrina jurisprudencial así lo prevé.

Por tanto, dado que la jurisprudencia quedaba englobada dentro del concepto ley en países regidos por el common law, no admitir lo mismo en el caso de otros países sólo porque su sistema jurídico es continental y no anglosajón, conllevaba a una situación contradictoria y de difícil justificación: *si el Tribunal hubiera prescindido de ella habría socavado el régimen jurídico de los Estados «continentales»*. (...) *En un ámbito amparado por el derecho escrito, la «ley» es el texto en vigor tal como los tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica*⁹¹.

De los postulados del TEDH se podría extraer como conclusión que el Auto del TS de 1992 (Asunto Naseiro) constituye un cuerpo sólido y garante del cumplimiento de las exigencias que la jurisprudencia europea requiere en torno al art. 8.2 CEDH y, muy especialmente, con el requisito de calidad de la ley, requisito que, como hemos explicado anteriormente, ha provocado la condena de nuestro país en dos ocasiones.

Sin embargo, al igual que otros muchos autores⁹² pienso que es necesaria una regulación legal específica y detallada de las escuchas telefónicas que garantice los derechos constitucionales —sobre todo

⁹⁰ 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». En Revista del Poder Judicial, n.º 66, 2002 (II).

⁹¹ Caso Kruslin (punto 29, párrafo segundo).

⁹² RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS: «Intervenciones telefónicas: La prueba en el proceso penal». En Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1992.

MARTÍN PALLÍN, JOSE ANTONIO: «Escuchas telefónicas». En Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo. Colex, 1999, Pág. 369.

CATALÁ I BAS, ALEXANDRE: «La problemática... », op. Cit. Pág. 71: «(...) existe una base legal suficiente, artículo 18.3 CE y art. 8 CEDH, para defender la legalidad de este tipo de medidas, lo que no excluye, en absoluto, que se proceda a reformar el precepto en cuestión en el sentido apuntado, reforma que se hace absolutamente necesaria».

la intimidad y el derecho de defensa— y que además determine unas pautas legales a las que debe ajustarse esta diligencia.

Razones no me faltan para sostener esta posición. En primer lugar, porque el TEDH no ha señalado en ningún momento que el cuerpo jurisprudencial diseñado por el TS en el auto de 1992 pueda colmar las lagunas y deficiencias del art. 579 LECrim. Y no se ha pronunciado en este sentido porque en el caso Prado Bugallo las escuchas telefónicas son anteriores a la promulgación de dicho auto⁹³.

En segundo lugar, porque estas deficiencias, que llevan años destacándose por las jurisdicciones españolas, deben ser remediadas en el plazo más breve posible por el legislador. Así lo ha señalado el TC: «Es al legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando el precepto legal»⁹⁴.

Si esta inactividad se prolonga en el tiempo, es muy posible la proliferación de ulteriores resoluciones por parte del TEDH que constaten el déficit garantista de nuestro derecho positivo regulador

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, ANTONIO: «Intervenciones telefónicas (Comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril)». Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. Vol. II. Parte Estudio. Págs. 1757-1782: «Hay tal cantidad de aspectos de sustancial relevancia que para nada están previstos en la Ley y que nuestros Tribunales han tenido que suplir con una jurisprudencia, apoyada en la doctrina del TEDH y del TC, que, sin embargo, no cumple para nada las exigencias de previsibilidad y certeza que únicamente puede aportar el Legislador».

YLLANES SUÁREZ, JUAN PEDRO: «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 18 de febrero de 2003 (asunto Prado Bugallo contra España)». En Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. N.º 6/2003: «(...) no sirve como recurso acudir a la labor integradora de las jurisdicciones a la que la resolución en caso Prado Bugallo no dota de indiscutible valor terapéutico, debiendo seguir el ejemplo de legislaciones como la francesa, cuyo contenido ordenador de las garantías de la injerencia se ajusta a lo que las Sentencias Huvig y Kruslin declararon como mínimo indispensable conforme a las exigencias del Convenio».

RUÍZ MIGUEL, CARLOS: «La configuración constitucional del derecho a la intimidad». En Tecnos, 1995, pág. 212.

GIMENO SENDRA, VICENTE: «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo». En La Ley, n.º 4042, 1996, pág. 1618.

⁹³ Caso Prado Bugallo contra España (punto n.º 32): «Dado esto, esta evolución jurisprudencial, incluso suponiendo que pueda llenar las lagunas de la Ley en sentido formal, se ha dado después de los autos del Juez Instructor ordenando la intervención de los teléfonos de las personas que participaban en la actividad dirigida por el mandante. Así, no puede ser tenida en consideración en este caso» (el subrayado es nuestro).

⁹⁴ STC 183/2004, de 23 de octubre, fundamento jurídico n.º 7.

de la injerencia en las comunicaciones telefónicas vulnerador del contenido del art. 8 del CEDH⁹⁵.

III. PROPUESTA DE REFORMA DEL ART. 579 LECRIM

La parte final de este trabajo está dedicada a la elaboración de una propuesta de reforma del art. 579 LECrim.

Varias son las razones que me empujan en esta dirección. La primera, porque tal y como ha quedado demostrado a lo largo de mi exposición, nadie discute que las escasas disposiciones en materia de intervenciones telefónicas existentes en nuestro país son notoriamente insuficientes.

La segunda razón, no por ello menos importante, se refiere a la instancia que debe colmar esas lagunas y deficiencias. Tarea que compete al poder legislativo y no a los jueces y tribunales pues estos complementan el ordenamiento jurídico a través de su jurisprudencia pero no pueden, al margen de las opiniones que se lanzan en sentido contrario⁹⁶, crear derecho en ámbitos tan sensibles como son los derechos y libertades públicas.

Desde aquí hago una llamada de atención a nuestro legislador para que ponga en marcha su maquinaria y se decida, de una vez por todas, a dotar a las intervenciones telefónicas de cobertura legal suficiente en los términos y condiciones estipulados por la jurisprudencia del TEDH, TC y TS.

Cualquier ocasión sería propicia para ello, más aún en estos momentos en los que se debate la posibilidad de promulgar una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La propuesta

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.

⁹⁵ YLLANES SUÁREZ, JUAN PEDRO: «Comentarios...». Op. Cit.

⁹⁶ *V.ide supra* nota n.º 85.

2. Asimismo, el Juez, mediante resolución judicial motivada, podrá acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas y de otras formas de intervención⁹⁷ siempre y cuando la medida sea proporcionada en relación a la finalidad que se persigue con la intervención y ésta no pueda ser alcanzada de otra forma.
3. La resolución judicial adoptará la forma de auto y en él se detallarán los siguientes extremos:
 - a) El nombre y domicilio de la persona o personas investigadas.
 - b) El número o números de teléfono sometidos a control
 - c) Los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito.
 - d) La infracción o infracciones que justifican la medida.
 - e) La persona o personas encargadas de llevar a efecto la intervención.
 - f) La duración de la medida.
 - g) La extensión y el grado de la medida.
4. Sólo se podrá proceder a la intervención de las comunicaciones telefónicas de las siguientes personas:
 - a) Del procesado o imputado aun cuando no se hubiese dictado auto de procesamiento, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.
 - b) De las personas sobre las que existan indicios racionales de responsabilidad criminal.

Habrán indicios racionales de criminalidad cuando existan datos fácticos que permitan suponer que una persona intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave⁹⁸.

⁹⁷ El objeto de estudio de este trabajo se limita sólo y exclusivamente a la intervención de las comunicaciones telefónicas. No obstante, si el legislador decidiera proceder a la reforma, entiendo que sería apropiado que incluyera otras formas de comunicación y que también regulara el procedimiento de su puesta en práctica tal y como hacen otros ordenamientos jurídicos como el eslovaco (art. 150 (1) 1 de la LE-Crim) o el italiano (art. 266 bis de su ley de enjuiciamiento criminal).

⁹⁸ Caso Klass, núm. 51.

No se interceptarán las comunicaciones telefónicas para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos⁹⁹.

5. La medida prevista en el apartado 2 de este artículo podrá ser acordada cuando los indicios racionales de criminalidad versen sobre hechos relacionados con los siguientes delitos:

- a) Delito de homicidio y asesinato (art. 138 y 139 CP).
- b) Rapto de menores, incapaces o funcionarios públicos (art. 165 CP).
- c) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 187 y 189 CP).
- d) Delito de robo con violencia o intimidación (art. 237 CP).
- e) Extorsión (art. 243 CP)
- f) Delitos relativos al tráfico de drogas (art. 368-373 CP).
- g) Delitos relativos a la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles (art. 390-394 CP).
- h) Cohecho (art. 419-427 CP).
- i) Tráfico de influencias (art. 428-430 CP).
- j) Delito de rebelión (art. 473, 475, 478, 482, 483 CP).
- k) Delitos contra la Corona (art. 485-491 CP)
- l) Delitos contra las instituciones del Estado (art. 492-505 CP).
- m) Delitos relativos al tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos (art. 566, 568 CP).
- n) Delitos de terrorismo (art. 571-580 CP).
- ñ) Delito de genocidio (art. 607 CP).
- o) Delitos contra el derecho de gentes que lleven aparejada una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo sea igual o superior a 5 años.

⁹⁹ Este párrafo introduce lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado como «prohibición de generalidad», en el sentido de que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos, o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

- p) Delitos contra las personas en caso de conflicto armado si se cumplen las condiciones del apartado anterior.
- 6. En el resto de casos, será posible la intervención cuando el delito lleve aparejada una pena privativa de libertad igual o superior a 3 años.
- 7. La tentativa de cualquiera de los delitos incluidos en el apartado 5 y 6 puede igualmente justificar la intervención de las comunicaciones telefónicas.
- 8. Cuando en el curso de una intervención se tuviera conocimiento de datos relacionados con hechos y delitos distintos de aquellos que justificaron la medida, habrá de darse cuenta inmediata al Juez instructor que autorizó la medida para que éste adopte la resolución que proceda y, en su caso, valore la procedencia de una autorización específica.

Las pruebas obtenidas de esta manera podrán ser utilizadas como medio de prueba en otro procedimiento siempre y cuando se hubiesen cumplido los requisitos previstos en el presente artículo.

- 9. La injerencia en el secreto de las comunicaciones de una persona no podrá tener una duración superior a 1 mes. No obstante, cuando el Juez determine por resolución judicial motivada, la necesidad de proseguir con la medida, podrá prorrogar la intervención por periodos sucesivos de igual duración con un máximo de 6 mensualidades.

Para acordar la prórroga el juez deberá tener conocimiento del contenido de las conversaciones grabadas durante el período anterior.

La medida será cancelada de forma inmediata cuando las razones que la motivaron dejasen de existir.

- 10. El material obtenido a través de la intervención podrá ser utilizado en el proceso penal como medio de prueba siempre y cuando se hayan cumplido los requisitos y condiciones establecidos en el presente artículo.

En el acto del juicio oral podrá presentarse una transcripción parcial o íntegra de las conversaciones intervenidas o bien se podrán reproducir las cintas grabadas¹⁰⁰. La transcripción será realizada por el

¹⁰⁰ Recordemos que la jurisprudencia mayoritaria de inclina por la no necesidad de audición de las cintas grabadas: STS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9699); ATC 196 de u de julio de 1992: «las grabaciones de las conversaciones

juez o por la policía judicial bajo la fe pública del secretario. En caso de que sea realizada por la policía, el juez podrá en todo momento consultar el conjunto de las conversaciones intervenidas para determinar cuales son pertinentes para la instrucción. Asimismo, las partes podrán solicitar al juez la consulta de las conversaciones no transcritas y la transcripción de partes adicionales.

Se excluye de este supuesto aquellas conversaciones protegidas por el secreto profesional.

La transcripción será realizada en español con la ayuda de un intérprete cuando así lo requieran las circunstancias del caso.

11. El material recopilado será destruido una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción o de la pena¹⁰¹.

La destrucción será realizada bajo control judicial y en su ausencia del secretario judicial.

12. Una vez finalizada la intervención y a más tardar en el plazo de una semana se notificará por escrito a la persona intervenida sobre la naturaleza y fecha de la intervención realizada¹⁰².
13. La medida señalada en el presente artículo no podrá llevarse a cabo:

telefónicas son prueba documental (documento fonográfico) y no es preciso que sean oídas en el juicio oral».

Frente a esta postura MONTERO AROCA, op. Cit. Pág. 299, ha señalado que la transcripción de una conversación grabada, aun realizada por el secretario judicial, no es propiamente un documento en sentido estricto, pues en ella no se representa un hecho o acto con efectos jurídicos.

¹⁰¹ Art. 131 CP: Los delitos prescriben: 1. A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. A los quince, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años. A los cinco, los restantes delitos graves. A los tres, los delitos menos graves. Los delitos de calumnia e injurias prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.

¹⁰² No es más que una exigencia del más elemental derecho de defensa el cual exige que, una vez alzado el secreto de la intervención telefónica, la representación de la persona que haya estado sujeta a la misma, pueda tener acceso al conjunto de las nuevas diligencias instructoras incorporadas a la causa.

- a) En locales utilizados con fines profesionales o en la residencia de un abogado o médico, a no ser que éste fuese sospechoso de haber cometido o participado en alguna de las infracciones de los apartados 5 y 6 o existiesen hechos que hiciesen presumir que un tercero autor o partícipe de alguna infracción de los apartados anteriores utilizase los locales o residencia de un abogado o médico¹⁰³.
 - b) Cuando la persona intervenida sea un diputado o senador a no ser que el presidente de la cámara a la cual pertenezca sea informado por el juez de instrucción.
 - c) Cuando se trate de un juez, magistrado o fiscal. No obstante, será posible la injerencia cuando el Ministro de Justicia o el Fiscal General del Estado sean informados de ello y concedan su autorización¹⁰⁴.
14. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la intervención de la comunicaciones telefónicas podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.
15. La intervención de las comunicaciones llevadas a cabo en el extranjero se practicarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia firmados y ratificados por España.

IV. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES EN RELACIÓN A LA PROPUESTA

1. La mención expresa al término «auto»

La utilización del término «resolución judicial» por parte de la Constitución Española y de la LECrim dejaba la puerta abierta a la

¹⁰³ Esta disposición encuentra su justificación en la relación de confianza que debe existir entre los abogados y médicos y sus respectivos clientes.

¹⁰⁴ Ésta era una cuestión que se planteaba la doctrina con bastante frecuencia (Ej. Narváez Rodríguez, op. Cit. Pág. 140). Ante la ausencia de regulación he considerado oportuno limitar o someter a algunos requisitos la intervención de las comunicaciones telefónicas de una persona cuando se trate de determinadas personas como son los jueces, magistrados, fiscales, parlamentarios, abogados y médicos.

providencia. Situación que pese a ser negada radicalmente por la STC 85/1994, de 14 de marzo, era permitida con anterioridad¹⁰⁵. Sin embargo, con la expresión «auto» se elimina automáticamente cualquier tipo de interpretación a este respecto. Así, el auto judicial es necesario para acordar la intervención telefónica, pero también para decretar la prórroga de la medida¹⁰⁶.

2. El contenido del auto

a) *La extensión y grado de la medida.*

He considerado oportuno incluir en el contenido del auto la extensión y grado de la medida primero porque los códigos procesales penales europeos más perfeccionados en esta materia así lo hacen¹⁰⁷ y en segundo lugar porque de esta forma se descarta la postura que en su día mantuvo López Barja de Quiroga¹⁰⁸. Este autor establece la distinción entre *observación* e *intervención*, de tal forma que entiende por *intervención* una injerencia más intensa en el derecho al secreto de las comunicaciones que incluye el contenido de lo comunicado; razón que impide que pueda decretarse para la investigación de delitos no graves. En cambio, la *observación* supone una injerencia de menor intensidad porque consiste en lo que la doctrina ha denominado *recuento o comptage*, es decir, en el registro de los números marcados, la identidad de los interlocutores, la hora y la duración de

¹⁰⁵ STS de 16 de enero de 1992 (DER. 92/264): «Entiende la Sala que tal autorización (la providencia) fue válida y que bajo el amparo de la misma se produjo de modo lícito la actuación policial en relación con la intervención del teléfono y la grabación de las cintas de autos».

¹⁰⁶ Las STS de 5 de octubre de 1991, de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8588), y de 10 de marzo de 1995 (RJ 1995/1826) admitieron que la prórroga de la intervención podía acordarse por providencia, por tratarse de la reiteración de una decisión ya adoptada. Por su parte, la STS de 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8951) admitió la providencia que «contiene una escueta pero suficiente motivación».

No obstante, la exclusión de la providencia para decretar la prórroga de la intervención ya estaba aclarada de modo definitivo gracias a la STC 181/1995, de 11 de diciembre, según la cual, dado que «toda restricción de derechos fundamentales ha de adoptarse por medio de resolución judicial motivada» el hecho de decretarse la prórroga mediante providencia no respeta las garantías constitucionales por carecer de la más mínima motivación y, en consecuencia, cualquier intervención o prórroga de intervención de las comunicaciones telefónicas decretada por providencia debe ser declarada nula de pleno derecho.

¹⁰⁷ Artículo 100b LECrim alemana: «(2) ... The type, extent and time of the measures shall be specified in the order».

Artículo 152 (1) LECrim de Eslovenia: «(...) The ruling shall contain information on... their extent».

¹⁰⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIRIGA, JACOBO: «Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida», op. Cit. Págs. 194-195.

la llamada. La *intervención* queda restringida a las comunicaciones telefónicas del procesado y a la persecución de delitos muy graves, mientras que el ámbito de aplicación de la *observación* recae desde un punto de vista objetivo sobre delitos de menor gravedad y, desde un punto de vista subjetivo, en las comunicaciones telefónicas de personas distintas del procesado.

Esta interpretación no es, desde mi punto de vista¹⁰⁹, correcta porque si la *intervención* solamente puede decretarse en el caso de delitos muy graves, ¿por qué razón el apartado 4 del art. 579 de la LECrim utiliza el término *observación* para intervenir las comunicaciones telefónicas en un supuesto de extrema gravedad como es el caso de delitos de terrorismo? En palabras de López-Fragoso¹¹⁰, «no pueden darse sentidos distintos a las palabras, con base en su uso en uno u otro de los párrafos del art. 579, pues ello supondría, por ejemplo, que en el supuesto más grave, en el párrafo 4 del artículo, el relativo a los delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, sólo cabría la observación». Dichos en otros términos: la legislación antiterrorista utiliza el término *observación* y no resulta lógico que esa observación telefónica se limite simplemente al recuento, es decir, a computar las llamadas telefónicas efectuadas por los integrantes de esos grupos citados, sin penetrar en el contenido de las conversaciones¹¹¹.

A mi entender es aconsejable establecer la distinción entre *intervención* y *observación*¹¹² no para diferenciar según la gravedad de los delitos, sino para en primer lugar, determinar los distintos grados en la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones y, en segundo lugar, para indicar a la policía o personas encargadas de rea-

¹⁰⁹ Opinión no solo mía, sino también de la mayoría de la doctrina: LÓPEZ FRAGOSO, TOMÁS: «*Las intervenciones ...*» op, cit.; MONTERO AROCA, JUAN: «*La intervención...*», op. cit.

¹¹⁰ LÓPEZ-FRAGOSO, TOMÁS: «*Las intervenciones...*», op. Cit. Págs. 46-49.

¹¹¹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ: «*Escuchas telefónicas ...*», op. Cit., pág. 139. Para este autor, es además inconcebible interpretar que esta mera observación pueda ser permitida a la autoridad gubernativa únicamente para los delitos menos graves, cuando, por desgracia, la realidad social nos revela continuamente que los delitos cometidos por dichas personas son, sobre todo, atentatorios contra la vida, y, por consiguiente, de extraordinaria gravedad.

¹¹² Distinción que también es compartida por MONTÓN REDONDO: «*Las interceptaciones ...*», op, cit. 1046; ORTELLS RAMOS: «*Derecho Jurisdiccional III (Proceso Penal)*» (con MONTERO, G. COLOMER y MONTÓN), Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 193; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ROBERTO: «*Las escuchas telefónicas: medio probatorio en el proceso penal*». En Actualidad Penal, n.º 33/14, 20 septiembre 1992, pág. 36.

lizar la injerencia la extensión y los límites que deben tener en cuenta a la hora de proceder a la misma; es decir, lo que importa «es advertir que pueden existir grados distintos de injerencia en el secreto de las comunicaciones, esto es, que no toda injerencia tiene que significar siempre tomar conocimiento de la conversación y grabarla en un soporte para que sea reproducida con posterioridad. Intervenir una comunicación privada es vigilarla, y esa vigilancia puede tener grados, no significando en todo caso tomar conocimiento de su contenido»¹¹³.

El devenir de la jurisprudencia sobre esta cuestión ha sido farra-goso porque si bien algunas resoluciones como la de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de junio de 1991 admiten la distinción entre *intervención* y *observación* en los términos antes expresados, otras o bien utilizan planteamientos puramente gramaticales para decir que es lo mismo y que si se utilizan expresiones diferentes es con la única finalidad de evitar repeticiones¹¹⁴, o bien se limitan a considerar intrascendente la diferenciación sin aclarar si realmente se trata de dos supuestos diferenciables¹¹⁵.

b) *Personas susceptibles de intervención. Problemas de terminología.*

La distinción realizada por López-Barja de Quiroga fue criticada también por impedir la *intervención* telefónica en su sentido más amplio a personas que no tuvieran la condición de procesado, ya que en estos casos sólo sería posible la *observación*.

La mayoría de la doctrina¹¹⁶ entiende que el término *procesado* no debe interpretarse en el sentido de la persona contra la que se ha dictado el auto de procesamiento del art. 384 LECrim, sino a la que en la causa penal ostenta la cualidad de inculpada, encartada, etc., pues de lo contrario, nuevamente, quedarían excluidos la mayoría de los

¹¹³ MONTERO AROCA, JUAN: «La intervención...», op. Cit. Pág. 21.

¹¹⁴ STS de 25 de junio de 1993.

¹¹⁵ Auto del TS de 18 de junio de 1992 (Caso Naseiro).

¹¹⁶ Entre otros, VEGAS TORRES: «Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal». En La Ley, Madrid, 1993, pág. 391; DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, M.I.: «Escuchas...», op. Cit. Pág. 1709 y GÓZALEZ CUÉLLAR, NICOLÁS: «Proporcionalidad...», op. Cit. Pág. 94: «El término procesado también se utiliza en la LECrim en otros preceptos, en la regulación de otras medidas, cautelares y de investigación, que..., pueden ser aplicadas cuando exista un suficiente grado de imputación, aunque no haya recaído auto de procesamiento».

delitos, ya que la LO 7/1988 ha convertido el sumario en un procedimiento cuasi excepcional¹¹⁷.

Esta ha sido la razón por la cual he incluido en la letra a del apartado 4 de la propuesta no solo al procesado sino también al imputado «aun cuando no se hubiese dictado auto de procesamiento».

Se trata de dos supuestos que se contemplan en la regulación actual y cuya única diferencia estriba en que al hablar de *procesado o imputado* la investigación parte de una participación delictiva del investigado; y al referirme simplemente a *personas* tan solo existen indicios de su participación en la comisión de algún delito lo cual provoca la apertura del correspondiente proceso penal. Pero tanto en uno como en otro caso cabe la *intervención* en su grado máximo y será competencia exclusiva del juez determinar, en función de las circunstancias de cada caso en concreto, si procede conocer el contenido íntegro de las conversaciones obtenidas o si por el contrario tan sólo es pertinente ordenar el denominado *recuento o comptage*.

3. Las infracciones que dan lugar a la intervención.

Hasta el momento nuestro LECrim no recoge un listado enumerativo de delitos que pueden ser investigados a través de la interceptación de las comunicaciones telefónicas de una persona, por lo que queda al arbitrio judicial la valoración de las circunstancias que concurran en cada caso concreto para considerar proporcionada o no la diligencia.

Tal y como he adelantado esta situación fue denunciada por el TEDH¹¹⁸ y en consecuencia éste es, si no el más importante, si uno de los extremos que inexcusablemente debe aparecer en cualquier intento de reforma que se precie.

Dos han sido las opciones que se me han presentado. Por un lado, he barajado la posibilidad de establecer una lista cerrada que

¹¹⁷ En palabras de ASENCIO MELLADO: «Prueba...», op. Cit. Pág. 108: «no cabe defender una interpretación literal del término «procesado» del art. 579 LECrim, más bien parece que el legislador, por fuerza de la costumbre, ha seguido manteniendo la original redacción del art. 579 LECrim, la cual corresponde a «un momento histórico en que el auto de procesamiento era medida común para todo tipo de delito, situación esta que ya se vio modificada en 1967 y reiterada en mayor profundidad en 1988».

¹¹⁸ Caso Valenzuela Contreras y Caso Prado Bugallo contra España.

indicase cada uno de los delitos susceptibles de intervención, fuera de la cual la medida estaría vetada. Y había razones de peso que me inclinaban a ello: el art. 100a de la LECrim Alemana regula la intervención de esta manera¹¹⁹.

En segundo lugar, podía optar por el sistema italiano (art. 266 del Codice di procedura penale) o eslovaco (art. 151 de la LECrim de Eslovenia de 1999) que también establece un catálogo cerrado de delitos aunque flexibiliza en gran medida la regla al incluir una cláusula general de adopción de la medida para todos aquellos delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad superior a cinco años (caso italiano) u ocho años (caso eslovaco). Opción esta última que considero muy apropiada dado que así se otorga un pequeño margen de apreciación al juez y además se amplía el ámbito de aplicación de la medida a otro tipo de delitos que pese a no llevar aparejada una pena privativa de libertad elevada si que tienen gran trascendencia social o representan una alarma o peligro para la población. Por ejemplo: los delitos cometidos por los funcionarios públicos o los que afecten al buen funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado.

Mayores dificultades he tenido para fijar la pena. Ocho años e, incluso cinco, me parecía excesivo y por eso he abogado por el límite de tres años, pues éste es el límite previsto en la Decisión-marco sobre la orden de detención y entrega entre Estados Miembros de la Unión Europea¹²⁰ para eliminar el control de la doble incriminación. Considero que si a efectos de entrega de una persona de un país a otro (medida tanto o más restrictiva que la injerencia en el secreto de las comunicaciones), éste es un límite suficiente para eliminar el control de doble tipificación de los hechos, también puede servir de fundamento para decretar la interceptación de las comunicaciones telefónicas de una persona.

Por último, quiero hacer una breve referencia al párrafo 7 de la propuesta en el cual se incluye una importante novedad: la posibilidad de instar la medida en casos de tentativa. Esta previsión aparece recogida en el art. 90ter &3 del Código Procesal Penal belga y me parece acorde con la doctrina del TEDH según la cuál se debe adoptar la medida cuando existan indicios de que el sujeto «intenta cometer, está cometiendo o ha cometido un delito»¹²¹.

¹¹⁹ También el art. 90ter &2 del Código Procesal Penal belga.

¹²⁰ DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002.

¹²¹ Caso Klass y otros contra Alemania, n.º 51.

4. El descubrimiento de hechos casuales.

Con el párrafo 8 de la propuesta no hecho más que aplicar la doctrina del TS (Auto de 18 de junio de 1992) en relación a los hallazgos casuales: *«respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (...) basta con que, en el supuesto de comprobar la policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente»*.

5. La duración de la intervención.

El principio de proporcionalidad no solo exige que la intervención telefónica tenga un plazo de duración determinado en la resolución judicial sino también que ese plazo sea adecuado a la finalidad perseguida.

El artículo 579.3 LECrim establece un plazo de tres meses prorrogables por iguales periodos.

La primera dificultad que se plantea con esta disposición, aunque quedó solucionada en parte por la doctrina¹²², tiene que ver con el plazo establecido para el secreto de sumario en el artículo 302 LECrim¹²³ ya que es difícil compaginar el plazo de tres meses de la intervención con el plazo de un mes del secreto, lo que puede obligar de hecho a que no se acuerden intervenciones por plazo superior a un mes.

¹²² MONTERO AROCA, JUAN: *«La intervención...»*, op. Cit, pág. 210: *«(...) No creemos que exista dificultad para compaginar los dos plazos, el de la intervención y el del secreto.*

1.º) Es posible que el Juez decreta la intervención y el secreto por un mes y que luego, prorrogue uno y otro por meses sucesivos.

2.º) También lo es que el Juez decrete la intervención por tres meses y el secreto por un mes y que, después, prorrogue el plazo del secreto.

Uno y otro sistema son admisibles, tanto constitucional como legalmente, si bien el primero parece más aconsejable, teórica y prácticamente»

¹²³ Artículo 302 LECrim: Las partes personadas podrán tomar conocimiento podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Sin embargo, el verdadero problema que subyace no es la compatibilidad o no de uno y otro plazo¹²⁴, sino el sistema de prórrogas ilimitadas al que da lugar nuestra ley, ya que el actual art. 579 LE-Crim da pie a intervenciones telefónicas indefinidas en el tiempo, situación que todo sea dicho de paso, ha sido denunciada por el TEDH.

En derecho comparado he encontrado dos casos similares al español en Italia y Francia¹²⁵. Ambos códigos procesales penales establecen un límite a la duración de la medida: No podrá ser superior a cuatro meses (Francia-Art. 100-2 CPP) o quince días (Italia-Art. 267.3 Codici italiano) y un sistema ilimitado de prórrogas. En consecuencia, no es aconsejable seguir estos dos modelos porque nos encontraríamos con el mismo inconveniente.

Mucho más acertado es el sistema utilizado en Alemania: duración máxima de la medida de tres meses con posibilidad de prorrogar por el mismo período una vez más.

El mismo caso lo podemos encontrar en el Código Procesal Penal de Eslovenia y de Bélgica por cuya regulación me decanto. En realidad, la técnica legislativa empleada es similar a la del código procesal alemán porque también establecen un plazo máximo de duración: un mes; y un sistema de prórrogas limitado: prórrogas por igual periodo (un mes) hasta un máximo de seis meses¹²⁶.

El por qué de mi elección se debe al plazo estipulado de un mes. Con ello eliminamos el pequeño o gran problema que se nos presentaba con el secreto de sumario. Así, el Juez español decretará la in-

¹²⁴ Pues ello se soluciona con cualquiera de las dos opciones presentadas por Montero Aroca. *Vide nota supra* nota n.º 132.

¹²⁵ Respecto a Francia, he de decir que el TEDH la ha favorecido en el caso Lambert al considerar de forma implícita que el derecho francés se adaptaba a la exigencia de fijación de un límite a la duración de la medida. En cambio, en el Caso Prado Bugallo determinó lo contrario cuando en realidad los dos preceptos, tanto el art. 100-2 CPP como el art. 579.3 LE-Crim, establecen una posibilidad ilimitada de concesión de prórrogas (cuatro meses en el caso francés, y tres meses en el derecho español). En mi opinión, el TEDH no condenó a Francia porque el resto de garantías exigidas por el mismo eran en parte tenidas en cuenta por la jurisprudencia mientras que en el caso español no porque las intervenciones tuvieron lugar con anterioridad a la adopción del Auto del TS de 1992. De todas formas, considero que si está justificado condenar a España por no prever el art. 579 LE-Crim un sistema de prórrogas ilimitado también lo está el condenar a nuestros vecinos.

¹²⁶ Art. 152 Código Procesal Penal de Eslovenia; y art. 90quinquies Código Procesal Belga.

intervención y el secreto por un mes y luego, prorrogará uno y otro por meses sucesivos¹²⁷.

6. Transcripción de las conversaciones intervenidas.

Al igual que en España¹²⁸, en derecho comparado la transcripción de las conversaciones intervenidas adquiere cierta relevancia, si bien la forma de realizar la transcripción en algunos países europeos se aleja considerablemente de lo que propugna la jurisprudencia española. Así por ejemplo, en Bélgica (art. 90sexies) y en Francia (art. 100-5 CPP) la transcripción es realizada por la policía judicial, sin perjuicio de que dichas transcripciones sean posteriormente examinadas por el juez para determinar de modo definitivo cuales son pertinentes para la instrucción¹²⁹. Es pues la policía la que selecciona los pasajes que considera relevantes para la causa penal¹³⁰, circunstancia ésta última prohibida por la jurisprudencia española¹³¹.

En mi opinión, la transcripción parcial de las conversaciones intervenidas por la policía es legítima siempre y cuando se lleve a cabo siguiendo una serie de garantías como son el posterior control del juez, la posibilidad de cotejo de las partes, etc. Garantías que, a mi parecer, aparecen de manera suficiente en el apartado 9 de la propuesta.

7. La práctica de intervenciones telefónicas en el marco del espacio judicial europeo.

No quedaría completa la propuesta de reforma del art. 579 LECrim si no tuviese en cuenta los trabajos que en el seno principalmente de la Unión Europea se han llevando a cabo en materia de

¹²⁷ Se trata de una de las soluciones propuesta por Montero Aroca que él mismo definió como la más adecuada. *Vide nota supra* n.º 132.

¹²⁸ STS de 16 de marzo de 1994 (RJ 1994/2325), STS de 9 mayo de 1994 (Ley 528/1994), STS de 31 de mayo de 1994 (RJ 1994/4506), STS de 6 de junio de 1994 (DER. 94/5153); STS de 3 de junio de 1995 (Ley 544/1995); STS de 26 de septiembre de 1995, etc.

¹²⁹ Además, las partes pueden en el acto del juicio solicitar al juez que consulte las conversaciones no transcritas así como la transcripción de partes adicionales.

¹³⁰ Y la razón se debe a que la transcripción integral de las conversaciones intervenidas requiere una gran ocupación (una media de 20 horas para transcribir 1 hora de conversación) mientras que los resultados que se obtienen no siempre merecen la pena.

¹³¹ Resolución oral de 10 de junio de 1991 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana; ATS de 18 de junio de 1992 (RJ 1992/6102); STS de 23 de enero de 1995 (DER. 95/141). En toda esta jurisprudencia se insiste en que «en ningún caso se debe autorizar a la policía judicial para realizar por su cuenta y sin control judicial una previa selección del material acopiado durante la intervención telefónica».

cooperación judicial penal y particularmente en el ámbito de obtención de prueba. A este respecto se ha avanzado considerablemente gracias al Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea firmado en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (en lo sucesivo Convenio de 2000)¹³² y la propuesta de Decisión-marco relativa al exhorto de obtención de prueba para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal de 14 de noviembre de 2003¹³³.

El Convenio de 2000 recoge en su título III bajo la rúbrica de «Intervención de telecomunicaciones» una serie de disposiciones relativas a la obtención y creación de material probatorio mediante la intervención de cualquier tipo de comunicación privada incluyendo obviamente la interceptación de las comunicaciones telefónicas¹³⁴.

Aunque muchos pensaban que jamás entraría en vigor puesto que para ello se requería la firma y ratificación de al menos ocho Estados miembros¹³⁵, lo cierto es que a fecha 15 de julio de 2005 el Convenio ya ha sido ratificado por 14 Estados miembros: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Portugal, Suecia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania y Eslovenia¹³⁶.

Por su parte, la Propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de prueba surgió precisamente ante la desconfianza de que el Convenio anterior llegará finalmente a entrar en vigor. Pese a excluirse de forma expresa de su ámbito de aplicación, entre otras¹³⁷, la obtención de pruebas en tiempo real

¹³² Diario Oficial C 197 de 12.07.2000

¹³³ COM (2003) 688 final.

¹³⁴ El Convenio de 2000 distingue dos tipos de intervenciones:

- La intervención y transmisión inmediata de telecomunicaciones, que debe ser la regla general, de ahí que las disposiciones del Convenio faciliten esta modalidad estableciendo un régimen menos exigente.
- La intervención, grabación y ulterior transmisión de la grabación de la telecomunicación, que deberá ser la excepción.

Asimismo, también prevé la intervención de telecomunicaciones en el territorio nacional por medio de proveedores de servicios (art. 19) y la intervención de telecomunicaciones sin la asistencia técnica de otro Estado Miembro (art. 20).

¹³⁵ Art. 27.3 Convenio de 2000: «El presente Convenio entrará en vigor, para los ocho Estados interesados, a los noventa días de la fecha en que efectúe la notificación a que se refiere el apartado 2 el Estado, miembro de la Unión Europea en el momento en que el Consejo haya adoptado el Acto por el que se celebra el presente Convenio, que sea el octavo en cumplir el trámite».

¹³⁶ Para conocer el estado de ratificaciones de este Convenio, véase el siguiente enlace a Internet: <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/WEBad02.en05.pdf>

¹³⁷ Art. 3.2 de la Propuesta de DM: El exhorto europeo de obtención de pruebas no se expedirá para:

como es el caso de la intervención de comunicaciones, no obstante, se podrá utilizar para conseguir elementos de prueba existentes obtenidos mediante una intervención telefónica siempre y cuando ésta se hubiese practicado con anterioridad a la expedición del exhorto¹³⁸.

Ahora que el Convenio de 2000 ya está en vigor es difícil vaticinar cuál será el futuro de dicha propuesta pues dicho Convenio supone un arma mucho más avanzada y sofisticada en aras a la lucha contra la delincuencia y en especial la organizada. Todo dependerá de lo que hagan los Estados que todavía no han ratificado el Convenio, entre ellos, tres Estados relevantes como Alemania, Italia y Reino Unido. Los últimos acontecimientos ocurridos en Londres el 7 de julio de este mismo año hacen pensar que Estados miembros tan reticentes como el Reino Unido¹³⁹ se plantearán seriamente dar el sí a este Convenio que sin duda alguna facilitaría mucho la cooperación judicial en territorio europeo.

- a) obtener pruebas mediante entrevistas, declaraciones u otros tipos de interrogatorios (incluidas las conferencias y las videoconferencias telefónicas) con sospechosos, testigos, expertos o cualquier otra persona;
- b) obtener pruebas del cuerpo de cualquier persona, incluidas muestras de ADN;
- c) obtener pruebas en tiempo real mediante intervención de comunicaciones, vigilancia discreta o control de cuentas bancarias; y
- d) obtener pruebas mediante otras investigaciones complementarias, en especial la recopilación o análisis de objetos, documentos o datos existentes.

¹³⁸ Art. 3.3 de la Propuesta de DM: El exhorto europeo de obtención de pruebas podrá expedirse para obtener los elementos de prueba existentes contemplados en el apartado 2 cuando se hayan recopilado antes de la expedición de la garantía.

¹³⁹ De hecho, los Ministros de Interior y Justicia de la UE bajo el influjo británico se han manifestado en la Cumbre Euroepa celebrada el 13 de julio de 2005 a favor del almacenamiento de datos de llamadas telefónicas y mensajes de Internet para perseguir a los terroristas. Aunque no se han proporcionado detalles acerca de la futura norma que regule la materia lo cierto es que este almacenamiento responde a lo que es conocido por la doctrina y por el TEDH como recuento o *comptage*. Las críticas no han tardado en aparecer por considerar dicha medida contraria al art. 8 del CEDH. Vide <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?PUBREF=-//EP//TEXT+PRESS+NR-20050613-1+0+DOC+XML+VO//EN&L=EN&LEVEL=2&NAV=X&LSTDOC=N#SECTION1> o artículos periodísticos publicados en El País.es, Le Monde.fr y The Guardian de 14 de julio de 2005.