

Universitat Autònoma de Barcelona

**Análisis jurisprudencial del derecho al secreto
de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.).-**

Anna Marco Urgell

Director
Rafael Rebollo Vargas

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE DOCTORADO

Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público

Bellaterra, a 2 de febrero de 2008

Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) .-

I. Introducción	1
II. Consideraciones generales	2
1) Orígenes históricos	5
1.1) Precedentes históricos en nuestro país	5
1.2) Derecho Comparado	10
2) Ámbito normativo	14
2.1) Situación existente antes de la reforma de la LECrim: la aportación de la jurisprudencia del T.C y del T.S	20
2.2) Derecho positivo vigente en nuestro ordenamiento jurídico.....	33
a) Consideraciones previas	33
b) Normativa promulgada con posterioridad a la reforma de la L.E.Crim	40
3) Concepto de intervención telefónica	45
3.1) El concepto de “comunicación”	45
3.2) El concepto de “secreto”	52
3.3) El concepto de “intervención telefónica”	58
4) Titulares del derecho	64
4.1) Las personas físicas	66
a) Menores	66
b) Extranjeros	67
c) Concursados	69
d) Internos en establecimientos penitenciarios.....	76
4.2) Las personas jurídicas	91
5) La relevancia del consentimiento	98
III. Breve análisis del derecho fundamental afectado	101
IV. Requisitos para la solicitud de la adopción de una medida de la intervención telefónica	112
1) Exclusividad jurisdiccional y procedimiento legalmente establecido	114
2) Existencia de indicios delictivos	121
3) Principio de proporcionalidad y subprincipios que lo integran	125

3.1) Delitos que justifican la injerencia en el secreto de las comunicaciones	128
3.2) Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad	135
a) El subprincipio de necesidad	136
b) El subprincipio de idoneidad	138
c) La finalidad de la medida	139
d) El principio de especialidad	140
4) El deber de motivación	141
4.1) Análisis del deber de motivación de la resolución judicial sobre la autorización de intervención de la comunicaciones	150
4.2) Deber de motivación de la resolución judicial de prórroga de la medida de intervención telefónica	163
5) Control judicial de la medida de intervención telefónica	165
V. Conclusiones	178
VI. Bibliografía	185
VII. Relación jurisprudencial	188

I. Introducción.

Los avances tecnológicos y progresos técnicos que ha experimentado nuestra sociedad en los últimos años, han conllevado nuevas formas de comunicación hasta la fecha impensables tales como la telefonía móvil, las videoconferencias o el correo electrónico de Internet, entre muchas otras. Sin embargo, la llamada revolución tecnológica también supone la aparición de nuevas vías de ataque o injerencia de los derechos fundamentales, motivo por el que resulta necesario que los mismos se redefinan sin perder su identidad para otorgar la debida protección jurídica a los ciudadanos y adaptarse a la nueva realidad social.

Es precisamente en este panorama complejo de la Sociedad de la Información y los nuevos medios comunicativos transmitidos por tecnología digital que surge o emerge la cuestión de las escuchas telefónicas.

Las escuchas telefónicas pueden ser definidas como un medio o instrumento para obtener o descubrir los secretos comunicados a través del teléfono, teniendo reconocidas las medidas de intervención telefónica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial una doble naturaleza toda vez que las mismas cumplen una doble función: por un lado desempeñan una importante función investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental).

No resulta difícil encontrar ejemplos de actualidad en los que las escuchas telefónicas tienen un destacado protagonismo por su afectación a la esfera más íntima de los ciudadanos. En este sentido, es de destacar por su alto nivel de injerencia en la vida privada de los ciudadanos la Ley aprobada por el Congreso de Estados Unidos tras los atentados en Nueva York el 11.09.2001 conocida como la *Patriot Act*, la cual bajo la finalidad declarada de luchar con el terrorismo en Estados Unidos y en el extranjero, autoriza entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los ciudadanos sin autorización judicial previa. Dicha ley ha sido objeto de numerosas críticas desde su entrada en vigor por debilitar la protección de las libertades civiles.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos conocidos pleitos tales como “la operación Malaya” en el que a resultas de la información obtenida a través de las medidas de intervención telefónica adoptadas en el curso de la instrucción penal del caso se descubrió una compleja trama de corrupción urbanística y municipal en Marbella.

Expuestos tales ejemplos, debe tenerse en consideración que no todas las escuchas telefónicas son ilegales toda vez que debe partirse de la premisa que en un Estado democrático y de Derecho ningún derecho es absoluto y que la restricción de éste consagrado en el art. 18.3 de la C.E. ha de apoyarse en la proporción de la injerencia del derecho fundamental en una sociedad democrática. Efectivamente, el propio precepto prevé su limitación para el caso

de que hubiere recaído una resolución judicial que permita levantarlo o desvelarlo, resultando entonces legítima la intromisión.

Tal y como tendremos ocasión de comprobar, la legislación procesal vigente en nuestro ordenamiento jurídico no recoge adecuadamente las garantías exigidas por el derecho fundamental afectado, toda vez que la parquedad del art. 18.3 C.E. no es suplida en modo alguno por el art. 579 de la L.E.Crim., el cual no regula de forma precisa los supuestos en los que procede autorizar la medida ni el procedimiento que debe seguirse. Es más, en ocasiones se tilda al citado precepto de inconstitucional por omisión.

Efectivamente, la actual regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la intervención de las comunicaciones ha sido objeto de duras críticas, siendo de destacar las Sentencias del T.E.D.H., casos Valenzuela Contreras de 30.07.1998 y Prado Burgallo de 18.02.2003, por la insuficiente y parca regulación de la materia existente en el art. 579 L.E.Crim. Es por ello por lo que tanto desde los sectores doctrinales como jurisprudenciales se insta una clarificación legislativa de la normativa existente e incluso una nueva legislación que cumpla con las exigencias de la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H..

Como veremos hasta la reforma de 1.988 en que se modificó el art. 579 L.E.Crim. por virtud de la L.O. 4/1.988, de 25 de mayo, la cual introdujo la previsión de la intervenciones telefónicas, todas la intervenciones que se habían autorizado en nuestro país habían infringido directamente las previsiones contenidas en el art. 8 del C.E.D.H., tal y como expresamente declaró el T.E.D.H. en su

conocida sentencia de 30.07.1998 (caso Valenzuela Contreras) así como la relevante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón, resoluciones que serán objeto de comentario en el presente trabajo.

Ante la insuficiencia de la regulación normativa, la doctrina y la jurisprudencia han intentado suplir dichos vacíos legales, lo cual ha contribuido a una mayor seguridad jurídica al existir unanimidad en numerosos aspectos de la materia.

Más que solucionar problemas concretos, este trabajo aspira a plantear en qué estado se halla actualmente la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro enfoque en el presente trabajo será plantearnos la legitimidad o licitud de las medidas de intervención telefónica así como su ámbito de validez y eficacia a efectos de su utilización en el proceso penal en el sentido de qué límites o controles deben establecerse. Asimismo analizaremos el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la Constitución y la regulación positiva de dicho derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, se trata de plantear la problemática en términos amplios para posteriormente profundizar y abordar cuestiones de gran relevancia tales como qué sucede o qué tratamiento debe darse a los llamados hallazgos casuales o a la prueba ilegalmente obtenida, elementos que debido a su extensión

trataremos de una forma puntual y que serán objeto de desarrollo en un trabajo posterior.

II. Consideraciones generales.

1) Orígenes históricos.-

1.1) Precedentes históricos en nuestro país.

El derecho al secreto de las comunicaciones que consagra el art. 18.3 de la Constitución Española¹ (C.E.), fue reconocido por primera vez en el año 1790 en un Decreto de la Asamblea Nacional Francesa (de 10.08.1790) según el cual “le secret des lettres est inviolable”, por tanto, la protección concernía exclusivamente a la correspondencia escrita².

El art. 18.3 C.E. tiene su precedente en otros textos constitucionales de nuestro país. Como rápidamente se observará de la lectura de los artículos que a continuación transcribiremos, en ninguno de ellos se hace referencia expresa a las

¹ “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

² Sobre los antecedentes históricos del derecho al secreto de las comunicaciones, cabe citar entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, págs. 83 y ss., así como ALONSO PÉREZ, Francisco: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2001, págs. 17 y ss.

comunicaciones telefónicas, y ello en buena medida puede ser debido a la inexistencia de este tipo de comunicaciones (téngase en cuenta que la invención del teléfono fue en el año 1.876)³.

Así la Constitución Española de 1.869 en su art. 7 protegía el secreto de la correspondencia postal y telegráfica, salvo resolución judicial, al disponer que:

“En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se dirija por el correo”.

Posteriormente la Constitución de 1.876 continuó protegiendo dicho derecho pero únicamente respecto a la correspondencia. Los arts. 7 y 8 del referido Texto Legal establecían:

“No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo”. Y el art. 8: “Todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia, será motivado”.

Resulta interesante señalar que en los citados textos constitucionales ya se exigiera un Auto motivado para poder intervenir las comunicaciones, atendido el debate que surgió, estando ya en vigor la C.E. de 1.978, sobre la forma qué debía revestir la resolución judicial que autorizase la injerencia al

³ No hay que olvidar que ha sido en los últimos años como consecuencia de la llamada “revolución tecnológica” que las técnicas de interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas han experimentado un gran incremento.

derecho al secreto de las comunicaciones, para finalmente concluirse que únicamente podía acordarse por virtud de Auto debidamente motivado⁴.

Posteriormente, el art. 32 de la Constitución de 1.931 disponía:

“Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario”.

Por su parte el Fuero de los Españoles de 1.945, no mencionaba la necesidad de resolución judicial para la interceptación de la correspondencia, tal y como se desprende de la lectura de su art. 13:

“Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia”.

Como puede observarse, el referido precepto hace por primera vez referencia tanto al derecho como a la libertad de las comunicaciones. Actualmente a pesar de que el art. 18.3 C.E. únicamente habla de “secreto”, la doctrina jurisprudencial es unánime al entender que si bien explícitamente se garantiza el secreto de las comunicaciones, implícitamente se protege también la libertad de las mismas⁵.

⁴ En este sentido, vid. entre otros, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis.: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ed. Bosch, Barcelona, 2002, págs. 81 y ss.

⁵ La relevante S.T.C. 114/1984, 2a, de 29 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, en su F.J. 7º establece: “(...) El derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto (...)”.

Resulta interesante hacer referencia a la elaboración y aprobación de la C.E. de 1978 y concretamente del art. 18.3, con especial atención a la forma que debía revestir la resolución judicial que acordase la intervención telefónica.

Por orden cronológico, procede indicar que tras las elecciones generales de 15.06.1977, que formaron las nuevas Cortes constituyentes, el Congreso de los Diputados ejerció la iniciativa constitucional que le otorgaba el art. 3 de la Ley para la Reforma Política⁶, y en julio de ese mismo año el Pleno acordó la creación de una Comisión Constitucional a fin de que redactara un proyecto de Constitución.

La sesión constitutiva de la Comisión se celebró el día 01.08.1977 y en la misma se nombró una Ponencia que habría de redactar el Anteproyecto de Constitución⁷. La Revista de las Cortes Generales, núm. 2 (1984) publicó las minutas y las actas de la Comisión⁸.

⁶ La ley para la Reforma Política fue aprobada por las Cortes Generales el 18.11.1976.

⁷ Los miembros que formaron la Ponencia fueron los Sres. Jordi Solé Tura (Grupo Parlamentario Comunista), Miquel Roca Junyent (Grupo Parlamentario de la minoría catalana), José Pedro Pérez-Llorca y Rodrigo (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático), Gregorio Peces Barba Martínez (Grupo Parlamentario Socialista), Miguel Herrero Rodríguez de Miñón (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático), Manuel Fraga Iribarne (Grupo Parlamentario de Alianza Popular) y Gabriel Cisneros Laborda (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático).

⁸ La totalidad de las minutas y las actas de la Comisión no fueron publicadas oficialmente por su carácter reservado, pero a pesar de ello la Revista de las Cortes Generales nº 2 sí que recogió todas las actas y minutas de la Comisión, las cuales pueden consultarse en la página web del Congreso de los Diputados: www.congreso.es/constitucion.

El Anteproyecto de Constitución fue publicado en el B.O.C. nº 44 de 5 de enero de 1978⁹, junto con los votos particulares de los ponentes, estableciendo respecto del derecho al secreto de las comunicaciones: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandato judicial”.

Posteriormente, el Informe de la Ponencia (B.O.C. nº 82 de 17 de abril de 1978)¹⁰, recogió las enmiendas que se presentaron respecto del Anteproyecto de Constitución, modificando el art. 18.3 únicamente al sustituir la expresión de mandato judicial por mandamiento judicial: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandamiento judicial”.

Procede indicar que una de las enmiendas que se propusieron respecto del art. 18.3 C.E. fue la inclusión de la cláusula “salvo resolución judicial motivada” presentada por el Grupo de Minoría Catalana (nº 116), por el Grupo Mixto (nº 470) y por el Grupo Socialista del Congreso (nº 339), propuesta que fue rechazada por aceptarse por mayoría la enmienda nº 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático, en los mismos términos que sucedió respecto del art. 18.2 C.E.

⁹ El texto del Anteproyecto de la Constitución puede consultarse en la página web referenciada en la anterior nota.

¹⁰ El Informe de la Ponencia así como las enmiendas propuestas respecto del mismo, también se hallan en la página web del Congreso de los Diputados: www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/BOGC/BOC_082.PDF.

El Dictamen de la Comisión del Congreso, las enmiendas así como los distintos votos particulares fueron publicados en el B.O.C., nº 121, de 1 de julio de 1978.

El Pleno del Congreso debatió el Dictamen a lo largo de doce sesiones durante el mes de julio, siendo aprobado el texto el 21 de julio de 1978, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 135, de 24 de julio y remitido al Senado.

El Dictamen de la Comisión dio la redacción definitiva al actual art. 18.3 C.E.¹¹, en el sentido de recoger ya la fórmula “salvo resolución judicial”, precepto que fue aprobado al igual que los arts. 16 y 17 por 309 votos a favor y ninguno en contra, con una abstención¹².

1.2) Derecho Comparado.

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 C.E. ha sido reconocido también en el art. 12¹³ de la

¹¹ Concretamente fue en la Sesión Plenaria del Congreso nº 35 que se celebró el 07.07.1978 que dio la redacción definitiva al art. 18.3 C.E. y como puede observarse se eliminó el importante requisito de motivación.

Un sector doctrinal, entre el que cabe citar a FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., p. 85. critica la insuficiencia de la redacción del art. 18.3 C.E. en los siguientes términos: “Tal precepto resulta escueto en exceso y no contempla todos los extremos que debería *lege ferenda*. El constituyente se ha quedado, sin duda, un tanto parco en este párrafo del artículo 18, que da una impresión reduccionista”.

¹² El texto definitivo de la C.E. aprobado por las dos Cámaras fue apoyado muy ampliamente por los españoles mediante referéndum el 06.12.1978.

¹³ El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (D.U.D.H.) establece que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.1948¹⁴, aprobada por la Resolución 217 (III).

El art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (C.E.D.H.)¹⁵, firmado en Roma el 04.11.1950 proclama el derecho al respeto a la vida privada y familiar así como el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.1966¹⁶, aprobado por la Resolución 2200 (XXI) (B.O.E. n° 103, 30 de abril de 1977).

¹⁴ La S.T.S. de 07.11.1997, 2ª, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto, al tratar un caso en que concurrían diversas nulidades parciales al haberse registrado conversaciones telefónicas entre breves periodos de tiempo, concretamente entre las sucesivas prórrogas acordadas, en que no se disponía de autorización judicial para ello, tras sostener que las irregularidades legales no contaminan el resto de pruebas obtenidas lícitamente, estableció en su F.J. 1º, que para entender el concepto, alcance y requisitos propios de las intervenciones telefónicas es necesario acudir a la jurisprudencia no sólo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sino también a la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H., y a los diversos textos internacionales reguladores del derecho consagrado en el art. 18.3 C.E., haciendo mención expresa de la normativa existente de Derecho Comparado.

¹⁵ “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la prorección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁶ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra esas injerencias o esos ataques”.

El hecho de que ninguno de los textos internacionales suscritos por España antes citados no hiciera mención alguna a las comunicaciones telefónicas, no ha sido ningún obstáculo para que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.), haya sostenido de forma unánime que dicho tipo de comunicaciones debían ser incluidas como una variante del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Efectivamente, el T.E.D.H. estableció en su sentencia de 06.09.1978 (caso Klass contra la República Federal de Alemania) que a pesar de que el párrafo 1º del art. 8 del C.E.D.H. no mencione expresamente las conversaciones telefónicas, puede considerarse que las mismas también están comprendidas en las nociones de “vida privada” y de “correspondencia”.

La referida sentencia en la cual se enjuiciaba la legitimidad o no de los poderes ejecutivos de los landers alemanes en base a la Ley Fundamental de Bonn (art. 10.2) para someter a las personas de su jurisdicción a determinadas medidas de vigilancia, sentó una importante doctrina sobre la justificación y el control de las escuchas telefónicas, al concluir que la injerencia del Ejecutivo debía someterse a un control eficaz del Poder Judicial a fin de evitar prácticas abusivas en la intimidad de los particulares.

Esta doctrina se reitera en las Sentencias del T.E.D.H. de 02.08.1984 (caso Malone), de 24.04.1990 (casos Kruslin y Huvig, con idénticos fundamentos jurídicos) y de 15.06.1992 (caso Lüdi)¹⁷.

¹⁷ Para un análisis detallado de la jurisprudencia del T.E.D.H. respecto de las escuchas telefónicas, puede consultarse RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La*

En nuestro ordenamiento jurídico cabe destacar, entre muchas otras, la S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo, 1ª, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, la cual aplicó la referida doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. para determinar si en el caso enjuiciado las escuchas telefónicas que habían servido de sustento para la condena se habían obtenido con violación de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y al secreto de las comunicaciones reconocidos respectivamente en los arts. 24.2 y 18.3 C.E.

El T.C. otorgó el amparo al recurrente por cuanto consideró que se había producido una divergencia entre la autorización judicial concedida (para investigar un supuesto delito contra la salud pública cometido por una determinada persona) y la investigación policial llevada a cabo (interceptación de conversaciones telefónicas sobre hechos presuntamente constitutivos de un delito de cohecho por distintas personas), habiendo ocultado la Policía los nuevos hechos descubiertos a los distintos Jueces que tuvieron intervención en el caso.

El derecho al secreto de las comunicaciones se consagra también en otros textos constitucionales de nuestro entorno, si bien con distintas matizaciones.

Un ejemplo de ello es el art. 15 de la Constitución italiana¹⁸ de 1947 así como el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn¹⁹ de 1949. Al margen de su previsión constitucional la normativa procesal de los citados países (Italia y Alemania) establece una pormenorizada regulación del medio de investigación de las intervenciones telefónicas a diferencia de lo que sucedía en nuestro ordenamiento jurídico hasta que no tuvo lugar la reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y concretamente de su art. 579) por virtud de L.O. 4/1988, de 25 de mayo²⁰, extremo que será abordado al analizar la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸ “La libertad y el secreto de la correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación son inviolables. Su limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley”.

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

El derecho al secreto de las comunicaciones es reconocido a nivel constitucional en otros muchos países europeos. Así cabe citar, entre otros el art. 13 de la Constitución holandesa; el art. 22 de la Constitución belga o el art. 34 de la portuguesa.

²⁰ La normativa procesal española en materia de intervenciones telefónicas anterior al año 1.988 era francamente desoladora, y así lo interpretó la S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, Pleno, ponente Excmo. Sr. Vives Antón, que concluyó que dicha regulación no satisfacía para nada las exigencias de legalidad requeridas por el art. 18.3 C.E. interpretado a la luz del art. 8 del C.E.D.H. y la jurisprudencia del T.E.D.H., reconociendo en consecuencia una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones imputable exclusivamente al legislador español. La referida resolución será objeto de comentario en el apartado relativo al ámbito normativo.

Efectivamente, en la Ordenanza Procesal Alemana (StPO.) de 07.01.1975 se establece en su art. 100.b)²¹ que el control y grabación de las conversaciones telefónicas puede adoptarse tanto por el Juez como, en caso de retraso por el Fiscal (aunque supeditado a la ulterior aprobación judicial en el plazo de tres días), cuando concurren los siguientes presupuestos:

- La comisión de determinados hechos que puedan fundar la sospecha de que alguien, como autor o partícipe, ha cometido alguno de los delitos muy graves que aparecen taxativamente en el art. 100. a) (hechos punibles contra la defensa del Estado, orden público, falsificación de moneda, contra la vida, la libertad personal o robo, entre otros)²².

- La indispensabilidad de la medida, esto es, que dicha medida tendrá carácter subsidiario de tal manera que no podrá ser utilizada si existen otros medios de investigación alternativos para llegar al descubrimiento del hecho delictivo.

Asimismo se dispone cuál ha de ser el contenido de la autorización debiéndose describir los datos identificativos de la persona contra la que se dirija, la clase, extensión y duración de la medida (con un plazo máximo de tres meses, susceptible de

²¹ El texto de los artículos 100.a) y 100.b) de la Ley Procesal Penal Alemana puede consultarse en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal/Iure, Madrid, 1989, págs. 216 a 218.

²² Cabe señalar que en nuestra regulación actual no existe ningún listado de delitos que por su gravedad o trascendencia social justifiquen la adopción de la medida de intervención telefónica.

prórroga por semejante período y de cesar ya los presupuestos que determinaron su adopción, el cese inmediato de la intervención).

Respecto a la incorporación posterior del material obtenido con las intervenciones telefónicas en el proceso, no se halla regulada por ley, sino que ha sido la jurisprudencia quien ha establecido que, o bien se reproduce la cinta magnetofónica ante el Juez, o bien se transcribe su contenido y se introduce como prueba documental.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal Italiano, aprobado por Decreto del Presidente de la República de 22.09.1988, dedica dentro del Título destinado a los medios de investigación, todo el Capítulo IV (arts. 266 a 271) a la intervención de las conversaciones y comunicaciones²³.

La detallada regulación procesal italiana dispone de un listado de delitos en forma de *numerus clausus* que son susceptibles de investigación mediante esta medida (delitos muy graves castigados con penas superiores a cinco años, tráfico de estupefacientes, contrabando, tráfico de armas y explosivos e injurias, amenazas o perturbaciones cometidos por medio del teléfono, entre otros).

Determina igualmente los presupuestos en que es posible su utilización, señalando que deben adoptarse en el curso de un proceso penal (investigaciones preliminares), siendo el Juez quien

²³ El texto íntegro de dichos artículos puede consultarse en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., págs. 234 a 237.

debe acordar la autorización de la intervención, si bien se prevé la posibilidad de que sea el Fiscal en caso de urgencia el que pueda autorizar la intervención (aunque debe comunicarlo al Juez en un plazo máximo de 24 horas, para que éste en un término máximo de 48 horas convalide la autorización inicial).

Asimismo se establece un procedimiento específico para la grabación, transcripción, conservación y posterior comunicación del contenido de las intervenciones telefónicas a las defensas de los inculcados; su audiencia por el Juez, así como la posterior selección de aquellas conversaciones que se consideren relevantes a efectos de la investigación, debiéndose oír sobre dicha selección tanto al Fiscal como a las partes, a quienes deben entregárseles además una copia de las transcripciones y una reproducción de las grabaciones efectuadas.

Finalmente es de destacar el art. 191 del Código de Procedimiento Penal italiano el cual prevé la imposibilidad de utilizar las pruebas obtenidas con violación de las prohibiciones establecidas por la Ley.

Tal y como puede advertirse, en ambos sistemas procesales las exigencias del art. 8 del C.E.D.H. son ampliamente respetadas y cumplidas.

Finalmente cabe apuntar que la situación en Estados Unidos²⁴ dista de la existente en el ámbito europeo, toda vez que el derecho al secreto de las comunicaciones no es reconocido como derecho independiente en su Constitución Federal sino como un aspecto más del derecho a la intimidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha realizado desde principios del siglo XX una intensa labor de interpretación de diversas Enmiendas de su Constitución hasta reconocer que el derecho al secreto de las comunicaciones, se halla reconocido por la IV Enmienda de la Constitución Federal²⁵.

No obstante y ello, el Congreso de los Estados Unidos, tras los atentados del 11-S en Nueva York, aprobó una Ley conocida como la *Patriot Act* -firmada por el presidente de Estados Unidos George W. Bush el 26.10.2001-, enmarcada dentro del proyecto denominado “guerra contra el terrorismo”, la cual recorta considerablemente los derechos y libertades civiles de los ciudadanos norteamericanos, al permitir entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los estadounidenses sin autorización judicial previa.

²⁴ Para un análisis más detallado del ordenamiento jurídico de Estados Unidos, puede consultarse a modo de ejemplo, RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, págs. 20 a 22 y 33 a 39.

²⁵ La IV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, la cual había sido interpretada tradicionalmente en el sentido que el bien jurídico protegido era el derecho a la propiedad privada, prescribe: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, arrestos y embargos irrazonables, ni se librárá al respecto ningún mandamiento sin probabilidad fundada, apoyado por juramento o declaración formal, y sin descripción minuciosa del lugar a registrar y de las personas o cosas que deben ser arrestadas o embargadas”.

Representantes de numerosas organizaciones civiles y expertos en Derecho consideran que muchos preceptos de la *Patriot Act* son anticonstitucionales y constituyen un grave ataque a los derechos fundamentales y a las libertades civiles dentro y fuera de Estados Unidos, bajo el pretexto de garantizar la “seguridad nacional”.

Una vez analizado el Derecho Comparado, corresponde ahora el estudio de la normativa existente en nuestro país.

2) Ámbito normativo .-

2.1) Situación existente antes de la reforma de la LECrim. La aportación de la jurisprudencia del T.C. y del T.S. en la interpretación normativa del derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico la garantía constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones no se tradujo en una regulación legal hasta muy tarde. Efectivamente, no es hasta la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo (B.O.E. 26.05.1988), en materia de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes, que dio lugar a una nueva redacción del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Crim.), que no se normativiza la posibilidad de la intervención de las comunicaciones telefónicas por parte de la autoridad judicial.

El art. 579 de la L.E.Crim. regulaba hasta la Ley de 1.988 antes citada, únicamente la intervención de la correspondencia escrita²⁶, si bien a pesar de ello, la jurisprudencia admitía la validez probatoria de la intervención telefónica. Así se desprende entre otras, de las S.S.T.S., 2ª, de 05.02.1988 y de 05.10.1990, en las cuales se consideró que a pesar de no haberse promulgado todavía la L.O. 4/1988 cuando se efectuaron las escuchas, ello no

²⁶ Art. 579 L.E.Crim. según redacción anterior a la L.O. 4/1988, era literalmente el vigente apartado 1º del referido precepto:

“Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiera o recibiera 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”.

suponía que tal medida careciera de cobertura legal por cuanto ya estaba en vigor el art. 18.3 de la C.E.

Más concretamente, la S.T.S. de 05.02.1988, 2a, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, analiza el recurso de casación interpuesto por los procesados que fueron condenados por la Audiencia Provincial de Barcelona como autores de un delito de contrabando y de un delito contra la salud pública, los cuales alegaban que las cintas grabadas no pueden ser consideradas como pruebas de cargo por cuanto las voces registradas no eran las suyas y no se practicó ninguna prueba sobre las mismas.

El T.S. tras admitir que a pesar de que la prueba de las intervenciones telefónicas no está regulada en la L.E.Crim. y que no existen normas específicas sobre los requisitos exigibles y los criterios a seguir, hay que atender a la realización práctica de la prueba, y como ésta fue conforme a Derecho²⁷, la misma debe estimarse lícita²⁸.

El T.S. en su Sentencia de 05.10.1990, 2ª, ponente Exmo. Sr. García Pérez, al examinar un caso en que los procesados habían

²⁷ Efectivamente, en el caso enjuiciado la prueba fue acordada de acuerdo con el art. 18.3 C.E., se decretó por Auto judicial motivado, hubo un control judicial efectivo de su ejecución así como transcripción del contenido de las cintas por el Secretario judicial.

²⁸ El F.J. 1º, letra E, de la S.T.S. 05.02.1988, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, dispone:

“Las comunicaciones telefónicas no están efectivamente incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por razón de la antigüedad de ésta, pero han sido objeto de regulación en los artículos 1 a 2bis y 487bis del Código y en la Ley Orgánica 9/84 sobre Bandas Armadas (artículos 17 y 18). Es verdad también que no hay normas específicas sobre los criterios a seguir y los requisitos exigibles, pero ello afecta a sus prácticas como se anticipó, aunque sería altamente positiva una regulación sobre su forma de realizarse (...)”.

sido condenados también como autores de un delito contra la salud pública, reconoció que cuando la intervención telefónica fue acordada, ésta no estaba regulada en la L.E.Crim., si bien la legitimidad de la medida quedaba amparada por el art. 18.3 C.E.

A pesar de ello, absolvió a tres de los cuatro procesados por considerar que las actuaciones practicadas respecto a las escuchas telefónicas no disponían de eficacia probatoria toda vez que no fueron averadas por el Secretario judicial, ni habían sido escuchadas por los magistrados, en definitiva, por no haber sido practicadas de manera ajustada a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y fe pública.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria no compartía el mismo criterio y sostenía que la medida de intervención telefónica no quedaba amparada con el art. 18.3 C.E. En este sentido, se pronunció RODRÍGUEZ RAMOS²⁹, según el cual todas las escuchas telefónicas acordadas desde la entrada en vigor de la C.E. hasta la modificación del art. 579 L.E.Crim., debían ser declaradas nulas.

Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO³⁰, consideraba que el contenido del art. 18.3 C.E. y especialmente su frase “salvo

²⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Colex, 9ª edición, Madrid, 1997, págs. 403 y 404.

³⁰ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1991, pág. 166. Este autor recoge la opinión de otros como MORENO CATENA, Victor, partidarios también de una necesaria regulación pormenorizada de la medida de interceptación, postura que es contraria a la sostenida por un sector doctrinal representado por FARÍÑAS MATONI y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA que defienden aplicar analógicamente la regulación de la L.E.Crim. para la detención y apertura de la correspondencia a las intervenciones telefónicas.

resolución judicial” era insuficiente para acordar una medida de intervención telefónica concretamente sostenía que: “Es indispensable el desarrollo normativo que concrete y determine los límites de actuación en la aplicación de la medida violatoria de un derecho fundamental”.

Respecto de la situación existente antes de la reforma de la L.E.Crim., es especialmente ilustrativa la S.T.S., 2ª, de 07.11.1997, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto, la cual hace expresa mención en su F.J. 3º a la ausencia de normativa reguladora de las escuchas telefónicas antes de la reforma de la L.E.Crim. y cómo la doctrina y la jurisprudencia han interpretado la L.O. 4/1988, estableciendo detalladamente los requisitos exigidos para la licitud de la adopción de una medida de intervención telefónica³¹.

La referida sentencia versaba sobre la intervención de conversaciones telefónicas a fin de indagar sobre las irregularidades que se estaban produciendo en las subastas judiciales, y declaró que efectivamente se habían producido unas nulidades parciales puesto que durante un breve lapso de tiempo se grabaron conversaciones telefónicas sin la preceptiva autorización judicial, si bien las mismas no contaminaban el resto de pruebas obtenidas lícitamente y que además del resto de

³⁰ El F.J. 3º de la S.T.S. 07.11.1997 es del tenor literal siguiente:

“Ha sido la Ley Orgánica 4/1988, de 25 mayo, de reforma de la LECrim la que normativiza por vez primera las interceptaciones telefónicas, si bien lo realiza de forma incompleta, defraudando un tanto las expectativas forjadas ante el anunciado desarrollo legislativo de las previsiones contenidas en el artículo 55 de la CE(...). La orfandad reguladora de la Ley Procesal con anterioridad a la Ley Orgánica 4/1988 era casi absoluta”.

pruebas obrantes en las actuaciones (declaraciones de testigos y acusados) ya existían suficientes indicios de implicación de determinadas personas en la comisión de los hechos que justificaban la adopción de una medida judicial de entrada y registro en los locales ocupados por los acusados.

Con anterioridad a la reforma de la L.E.Crim., era el Código Penal el que garantizaba la inviolabilidad de la correspondencia en sus arts. 192 (castigaba al funcionario público que detuviera, abriera o sustrajere cualquier clase de correspondencia privada) y art. 497 (castigaba el descubrimiento de secretos mediante el apoderamiento de cartas), pero existía una clara laguna legal respecto de las comunicaciones telefónicas.

Posteriormente por virtud de la L.O. 18/1994, de 23 de diciembre, se modificó el Código Penal, el cual tipificó en sus artículos 192bis y 497bis, la conducta de los funcionarios públicos y de los particulares respectivamente, que interceptasen las comunicaciones telefónicas sin la necesaria autorización judicial para ello.

Respecto a la normativa penitenciaria, ésta se hallaba configurada por la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria³², la cual será objeto de análisis en el apartado relativo a los titulares del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E.

³¹ Posteriormente se promulgó el R.D. 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, el cual también comentaremos en el apartado relativo a los titulares del derecho reconocido en el art. 18.3 C.E.

En el ámbito civil la norma que existía con anterioridad a la reforma de la L.E.Crim. era La L.O. de 5 de mayo de 1982 de Protección del honor, la intimidad y la propia imagen, cuyo art. 7º regula las escuchas telefónicas entre las violaciones del derecho a la intimidad³³.

Tal y como hemos indicado la ausencia de regulación normativa había sido objeto de duras críticas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestro país al entender que la misma era insuficiente e incompleta. Sin embargo, una vez promulgada la L.O. 4/1988 de reforma de la L.E.Crim., ésta tampoco estuvo exenta de polémica.

El T.S. trató de resolver esta situación en el llamado caso Naseiro, Auto de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, el cual hizo un completo análisis de los requisitos exigibles a fin de que las escuchas telefónicas fuesen válidas, y en definitiva, aptas para servir de base de una sentencia condenatoria. Con posterioridad han sido muchas las resoluciones que se han dictado por este Alto Tribunal, así como por el Tribunal Constitucional, que se han remitido a la importante doctrina sentada por el Auto de 18.06.1992.

³³ El art. 7.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo (B.O.E. 14.05.1982) es del tenor literal siguiente: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley:

1. (...)

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción”.

La referida resolución estimó que la prueba de intervención o captación de conversaciones telefónicas era radicalmente nula por haberse realizado con vulneración de derechos fundamentales del art. 18.3 C.E. en relación con los arts. 24.2 y 117.3 de la misma Ley Fundamental, y que tal declaración arrastra la nulidad de aquellas otras pruebas que traen causa directa o indirecta de las medidas de intervención telefónica.

En el caso enjuiciado, cuya investigación se había iniciado por un posible delito contra la salud pública, se produjeron diversas irregularidades graves, tales como ausencia de motivación y precisión de los correspondientes autos por los que se había autorizado las intervenciones telefónicas (además hubo una autorización “verbal” cuando debería haber revestido la forma de Auto), la disociación entre el titular del teléfono y la persona sospechosa, la disociación entre autorización (narcotráfico) e investigación (cohecho) tal y como se desprendía del contenido de las primeras conversaciones, tampoco se tuvo en consideración que había implicado un Diputado, no se hizo entrega de las cintas originales al Juzgado, sino tan sólo de copias, ausencia de control judicial de la ejecución de la medida, y del principio de proporcionalidad. La concurrencia de todas estas circunstancias llevó al T.S. a declarar la inadmisibilidad de la prueba ilegalmente obtenida.

En el ámbito europeo, es de destacar la Sentencia dictada por el T.E.D.H. en fecha 30.07.1998, caso Valenzuela Contreras, en la cual el Alto Tribunal puso de manifiesto que en nuestro

ordenamiento jurídico no existían las garantías legales suficientes que diesen cobertura a la adopción de medidas de intervención telefónica³⁴.

El Sr. Valenzuela Contreras recurrió ante el T.E.D.H. denunciando la infracción del art. 8 del C.E.D.H. por considerar que la interceptación de la línea telefónica de la empresa en la que trabajaba acordada por virtud de resolución judicial de fecha 19.11.1985 por un Juez de Instrucción de Madrid para investigar un supuesto delito de amenazas e injurias telefónicas y escritas constituía una injerencia del derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia. La A.P.Madrid le condenó a una pena de prisión y multa, y dicha resolución fue confirmada por el T.S. y por el T.C. que le denegó el amparo solicitado por considerar que las escuchas telefónicas no eran la única prueba de cargo contra el procesado y porque además también existían amenazas realizadas por escrito.

El T.E.D.H. reconoció que el Juez de Instrucción ejecutó la medida de intervención telefónica de la forma más acorde posible a las disposiciones legales vigentes en aquel momento, esto es, de conformidad con los preceptos de la L.E.Crim. “De entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”. Efectivamente, el Juez de Instrucción indicó la identidad y los números de teléfonos a intervenir, expuso los hechos objeto de la investigación (respecto de los cuales ya estaban abiertas diligencias

³³ Para un análisis más detallado de la S.T.E.D.H. 30.07.1998, puede consultarse RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia penal*, ob.cit., págs. 291a 296.

policiales), limitó la duración de la medida e incluso controló su ejecución.

No obstante, el Alto Tribunal concluyó que a pesar de ello y de los considerables esfuerzos del legislador español de incluir en la normativa española las exigencias del C.E.D.H., éstos aún no habían tenido su traducción normativa cuando se acordó la intervención de la línea telefónica del Sr. Contreras en el año 1985³⁵. Además el T.E.D.H. apuntó que en su Sentencia de 02.08.1984 (caso Malone contra el Reino Unido) ya había establecido que la ley debe emplear los términos suficientemente claros para indicar a todos de manera adecuada las circunstancias y las condiciones en las que se habilita a los poderes públicos para realizar atentados secretos al derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia, por lo que estimó que la legislación española incumplía esta necesaria previsión legal³⁶.

Finalmente el T.E.D.H. concluyó que se había violado el art. 8 del C.E.D.H., si bien denegó su petición por apreciar falta de relación de causalidad entre dicha violación y los perjuicios

³⁴ Además el T.E.D.H. también pone de manifiesto que cuando se acordó la medida de intervención telefónica aún no se había dictado el importante Auto T.S. de 18.06.1992 (caso Naseiro) que estableció las directrices y pautas de interpretación de las escuchas telefónicas de conformidad con la reforma del art. 579 L.E.Crim. por virtud de L.O. 4/1988, de 25 de mayo, sino que únicamente existía el art. 18.3 C.E.

³⁶ Resulta de especial interés transcribir el razonamiento nº 61 de la S.T.E.D.H. (caso Valenzuela Contreras):

“En resumen, el derecho español, escrito o no, no indicaba con la suficiente claridad en el momento de los hechos la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo considerado”.

materiales alegados consistentes en el pago de la multa impuesta por la condena de un delito de amenazas.

La comentada resolución del T.E.D.H. (caso Valenzuela Contreras) dio lugar a la importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón, por virtud de la cual también se puso de manifiesto la insuficiencia del ordenamiento español previgente a la reforma producida por la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, para legitimar las intervenciones telefónicas. La referida S.T.C., tras citar las especificaciones que el T.E.D.H. exige a toda norma habilitante de la intervención de las comunicaciones telefónicas, declaró la inconstitucionalidad del sistema legal de escuchas telefónicas anterior a la citada reforma de la L.E.Crim. Sin embargo, no se pronunció sobre si el art. 579 L.E.Crim. en vigor tras la reforma de dicho Texto Legal era suficiente o, dicho de otro modo, si cumplía las exigencias impuestas por la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. puesto que consideró que no le correspondía³⁷.

Los presupuestos de hecho de la causa que dio origen al proceso de amparo se desencadenaron a partir de la intervención telefónica de los números de teléfono de dos ciudadanos de nacionalidad marroquí que fue autorizada por un Juzgado de Instrucción de Ceuta y llevada a efecto por los miembros del Grupo

³⁷ Concretamente, el F.J. 5º, 7º párrafo, de la S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, era del tenor literal siguiente: “En primer lugar, ha de precisarse que, obviamente no nos corresponde ahora analizar si, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1988, de 25 de mayo (RCL 1988\1136), en el art. 579 de la LECrim se han cumplimentado, desde la perspectiva de las exigencias de certeza dimanantes del principio de legalidad, las condiciones a que acaba de hacerse mención”.

de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil de Málaga, que descubrió la realización de importantes operaciones de tráfico de drogas, averiguándose a resultas de las transcripciones de las escuchas telefónicas que estaban implicadas más personas, cuyos números telefónicos también fueron intervenidos por un Juzgado de Instrucción de Málaga. Es importante señalar que las intervenciones telefónicas tuvieron lugar entre el mes de diciembre de 1986 y abril de 1987.

Los acusados fueron condenados por la A.P. de Madrid como autores de un delito contra la salud pública y de contrabando, mientras que otros lo fueron en calidad de cómplices. Interpuestos recursos de casación tanto por el Ministerio Fiscal como por las defensas, el T.S. estimó íntegramente el formulado por el Ministerio Fiscal condenando como autores a los que habían sido condenados como cómplices, y desestimó el interpuesto por las defensas.

Los condenados solicitaron el amparo ante el T.C. alegando como infringidos el art. 18.3 C.E. en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, ambos reconocidos en el art. 24.2 C.E.

Los motivos de queja eran básicamente tres: En primer lugar entendían que la medida de intervención telefónica debería haber sido adoptada en el seno de un proceso penal de los regulados en la L.E.Crim. y no en el curso de unas diligencias indeterminadas, por lo que interesaban la nulidad probatoria de todas las escuchas telefónicas. En segundo lugar, alegaban ausencia de control judicial (puesto que no habían sido remitidas todas las cintas al

Juez, algunas estaban transcritas en lengua árabe y no había intervenido un intérprete debidamente habilitado) y por último, consideraban infringido el principio de contradicción atendido que las cintas no habían sido reproducidas en el juicio oral.

Tras un detallado discurso en defensa del derecho al secreto de las comunicaciones reconocido en el art. 18.3 C.E., el T.C. reconoce una triple vulneración de este derecho fundamental que en un primer momento imputa directamente al Legislador, y después a las resoluciones judiciales dictadas por los Juzgados de Instrucción de Ceuta y Málaga que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas. Tales vulneraciones son las siguientes:

1ª) La primera directamente imputable al Legislador por no haber establecido una regulación procesal que cubriera las exigencias de calidad y certeza que la Ley exigidas por el art. 18.3 C.E. puesto en relación con el art. 8 C.E.D.H. El Alto Tribunal llega a dicha conclusión en el F.J. 5º³⁸ de dicha resolución el sostener que en el momento procesal en que se dictaron las autorizaciones judiciales impugnadas, esto es, antes de la reforma del art. 579 LECrim, no se establecían los presupuestos necesarios para llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho

³⁸ El F. J. 5º de la S.T.C. 49/1999 dispone: “Por lo tanto, en el presente caso, al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el TEDH en el caso Valenzuela antes citado, que el ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escuchas, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del ordenamiento jurídico español, puesto de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE”.

fundamental y el interés constitucionalmente protegible que había que obtener, ni tampoco se había arbitrado un sistema que permitiese la efectiva contradicción y el derecho de defensa de los inculpados.

2ª) El T.C. entiende que a pesar de una inicial vulneración imputable al Legislador, los Órganos Jurisdiccionales podrían haber suplido en la práctica dicha vulneración si hubiesen seguido las pautas y criterios ya establecidos por la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H³⁹. Sin embargo, las resoluciones judiciales dictadas no fueron conformes a los principios de necesidad y certeza exigidos, por lo que se produjo una segunda vulneración, que conllevó la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

3ª) La tercera vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se refiere a la absoluta ausencia de control judicial en la ejecución de la práctica de las escuchas, puesto que las mismas se realizaron sin cumplir ninguna de las exigencias jurisprudenciales. En efecto, no se remitieron la totalidad de las cintas a los Órganos jurisdiccionales y se produjo una deficiente participación de los recurrentes en amparo- a través de sus representantes legales- en la selección, transcripción, traducción e incorporación a las actuaciones del resultado de las intervenciones telefónicas practicadas, lo que acarrea la consecuencia de prohibición de valoración de dichas pruebas.

³⁹ Es importante tener en consideración la tesis del Voto particular emitido por el Magistrado Cruz Villalón a la S.T.C. 49/1999 en apoyo de la idea de que para el T.E.D.H. basta la insuficiencia de la Ley para concluir la vulneración del art. 8.1 C.E.D.H sin necesidad de ulterior examen de la actuación judicial.

Finalmente, procede indicar que con posterioridad a la S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, arriba estudiada, se han dictado dos importantes resoluciones: la S.T.E.D.H. de 18.02.2003 caso Prado Bugallo vs España y la S.T.C. 184/2003, Pleno, de 23 de octubre, que ponen de manifiesto la insuficiencia de la regulación legal en nuestro sistema procesal de la restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones tras la reforma del art. 579 L.E.Crim., las cuales serán objeto de análisis en el próximo apartado.

2.2) Derecho positivo vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

a) Consideraciones previas .-

Antes de hacer referencia a las diferentes normas que se han promulgado con posterioridad a la reforma de la L.E.Crim. por virtud de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, considero indispensable analizar dos sentencias que nuevamente han realizado una dura crítica a la situación de nuestro ordenamiento jurídico tras la mencionada reforma del art. 579 L.E.Crim.⁴⁰, en lo que a la normativa de las escuchas telefónicas se refiere: la S.T.E.D.H. de 18.02.2003 caso Prado Burgallo vs España y la S.T.C. 184/2003, Pleno, de 23 de octubre.

⁴⁰ El apartado 1º del actual art. 579 L.E.Crim. es literalmente el antiguo art. 579 al que viene a sustituir, de modo que sólo el resto del precepto (apartados 2º, 3º y 4º) constituye una novedad.

Como ya hemos expuesto previamente, con anterioridad a la reforma de la L.E.Crim., nuestro sistema procesal adolecía de una normativa sobre las restricciones al derecho fundamental del art. 18.3 C.E. que fuese acorde con el art. 8 del C.E.D.H. y en definitiva, con las exigencias de previsibilidad y seguridad jurídicas establecidas por el T.E.D.H., situación que ya había sido denunciada por el A.T.S. de 18.06.1992 (caso Naseiro) y la S.T.C. 49/1999, de 5 de abril.

Ante todo procede indicar que el referido art. 579 L.E.Crim. aún se considera insuficiente por un determinado sector de la doctrina⁴¹ y parte de la jurisprudencia estima necesaria una clarificación legislativa⁴² del mismo.

⁴¹ Así lo entienden entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 41 señala respecto el contenido del art. 579 L.E.Crim. no sólo insuficiente "sino oscuro, contradictorio y, en fin, lamentable en atención a la importancia de la materia sobre la que inciden" y en parecido términos en las págs. 136 y 137; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, 1989, pág. 182 al advertir respecto de la actual regulación del art. 579 L.E.Crim que: " Llama poderosamente la atención la escasez normativa. Por primera vez se regula en nuestro país el tema de las intervenciones telefónicas, del que no resulta ocioso repetir que se trata de la limitación de un derecho fundamental, y nos encontramos únicamente con dos apartados, lacónicos y a todas luces insuficientes".

En el mismo sentido, YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro: "*Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003*", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 6/2003, Pamplona, 2003, señaló: "(...) el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permanece inmutable desde su reforma no obstante presentar lagunas que lo separan del mínimo contenido necesario (...), bastará con acudir a la jurisprudencia y a la más cualificada doctrina para encontrar continuas llamadas de atención acerca de la insuficiencia de los requisitos contenidos en el artículo referido para la adopción de la medida de las conversaciones telefónicas como método de investigación judicial". También se ha mostrado abiertamente crítica con el actual redactado del art. 579 L.E.Crim, LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 105 y ss., al calificar la normativa sobre la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones como: "una regulación parca y oscura con la que la garantía

Dicho ello procede el análisis de ambos pronunciamientos:

i) S.T.E.D.H. de 18.02.2003 caso Prado Bugallo vs España.-

En esta resolución el T.E.D.H. declaró que se había producido una violación del art. 8 del C.E.D.H. tras examinar el contenido actual del art. 579 L.E.Crim., concluyendo que dicho precepto era insuficiente para cumplir con los estándares exigidos por el art. 8 del Convenio de Roma e insta al legislador español para que revise dicho Texto Legal, a fin de adaptarlo de una vez por todas a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del T.E.D.H.

El asunto trae causa de la intervención de varias líneas telefónicas que fueron acordadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en el curso de una investigación judicial sobre tráfico de estupefacientes entre finales de 1990 y principios de 1991.

constitucional que consagra el art. 18.3º C.E. no parece cumplidamente satisfecha”.

La falta de garantías también ha sido apreciada por la jurisprudencia, STC 49/1999, de 5 abril, en su Fundamento Jurídico 5º.

⁴² A modo de ejemplo cabe citar la S.S.T.S, Sala Penal, de 15.04.1999, que habla de deficiente regulación legal, que ha quedado completada por la labor de la jurisprudencia, así como S.T.S. de 12.07.2005 ponente Exmo. Sr. Puertas Luis, la cual respecto de las intervenciones telefónicas dispuso lo siguiente:

“ (...) Hasta el momento, no se ha conseguido una jurisprudencia clara ni, por supuesto, pacífica, como acredita sobradamente la simple lectura de las sentencias que, sobre el particular, han dictado tanto este Tribunal, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Situación que lógicamente demanda una clarificación legislativa”. Confróntese estas resoluciones con la S.T.S., Sala Penal, 26.02.1998, para la que nuestro ordenamiento jurídico es extremadamente parco en este ámbito, concluyendo que a pesar de ello existe un cuerpo sólido de sentencias del Alto Tribunal que determina los requisitos de validez de las intervenciones telefónicas.

Por sentencia dictada en fecha 26.03.1993 por la Sala Penal de la Audiencia Nacional se condenó a D. José Ramón Prado Bugallo como autor de varios delitos de tráfico de estupefacientes, transferencia de moneda no autorizada y falsificación de escrituras públicas, a una pena de veintitrés años y tres meses de prisión, así como al pago de varias multas penales, basándose para ello en las grabaciones de las escuchas telefónicas, en las declaraciones de los inculcados, en los dictámenes periciales aportados y en las pruebas materiales recogidas durante la investigación.

El demandante interpuso recurso de casación contra dicha resolución por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, que dio lugar a la S.T.S, 2ª, de 31.10.1994, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, que confirmó la sentencia recurrida a excepción de lo que hacía referencia al arresto subsidiario por impago de multas, que suprimió. Concretamente el T.S. consideró que en el caso examinado la injerencia estaba justificada atendida la gravedad del delito y además dispuso que la legislación aplicable (el art. 579 L.E.Crim.), el cual calificó de deficiente, había sido aplicado de conformidad con los estándares exigidos por la jurisprudencia del T.E.D.H.

Se interpuso recurso de amparo invocando la vulneración del art. 18.3 C.E. así como el derecho a la presunción de inocencia y a un proceso justo (arts. 24.2 y 24.1 C.E.), el cual fue desestimado por virtud de Sentencia de fecha 20.12.1999 por considerar que las intervenciones telefónicas habían respetado las exigencias de autorización judicial, legalidad y proporcionalidad.

El T.E.D.H. estima que se ha vulnerado el art. 8 del C.E.D.H. toda vez que si bien es cierto que la reforma del art. 579 L.E.Crim. supuso un innegable avance y que las lagunas han sido paliadas en parte por la doctrina jurisprudencial española, las garantías introducidas por dicho Cuerpo Legal no respetan las condiciones exigidas por la jurisprudencia del T.E.D.H. para evitar abusos⁴³, y que además las intervenciones telefónicas se ordenaron con anterioridad a dicha evolución⁴⁴.

ii) S.T.C. 184/2003, de 23 de octubre (Pleno), Ponente Exma. Sra. Casas Baamonde .-

Los recurrentes en amparo, que fueron condenados por los delitos de cohecho y de falsificación de documentación mercantil⁴⁵, aducen diversas vulneraciones: de los derechos a la tutela judicial efectiva y al secreto de las comunicaciones (arts. 24.1 y 18.3 C.E. respectivamente), a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia (ambos previstos en el art. 24.2 C.E.) y a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.)

⁴³ Concretamente el T.E.D.H. se refiere a las garantías establecidas por sus S.S. de Kruslin y Huvig contra Francia, de 24.04.1990, en las que se exigía: a) que la medida de injerencia tuviese una base en el derecho interno de cada país, es decir, que estuviese prevista en la ley, b) además que ésta (ley) fuese de calidad, en el sentido que el Derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra atentados arbitrarios de los poderes públicos a los derechos garantizados en el art. 8.1 del C.E.D.H., y c) que se trate de normas claras y detalladas a fin de que la persona afectada pueda conocer en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicas para adoptar medidas restrictivas de tales derechos.

⁴⁴ El T.E.D.H. dispuso expresamente que la Ley que habilite la medida ha de ser previa al momento en que se autorice.

⁴⁵ La demanda de amparo se dirigía contra las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28.12.1999 y del T.S., 2a, de 19.07.2001.

En síntesis son dos los fundamentos de los recurrentes en base a los cuales consideran infringido su derecho al secreto de las comunicaciones:

1º) Sostienen la insuficiencia de la norma legal habilitante (art. 579 L.E.Crim. reformado por la L.O. 4/1988) para la restricción del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. por cuanto estiman que dicha norma no satisface las exigencias de la jurisprudencia del T.E.D.H. al interpretar el art. 8.1 del C.E.D.H. que se concretan básicamente en dos requisitos: que la medida de intervención telefónica se fundamente en Derecho interno, esto es, que exista una Ley en sentido formal y amplio que prevea la posibilidad de dicha medida y que la norma reguladora sea asequible al ciudadano para que adecue su conducta- calidad de la Ley (conforme doctrina jurisprudencial del T.E.D.H.)-, es decir, que las normas sean precisas, claras y detalladas (F.J. 3º).

Además los recurrentes alegan que la insuficiencia de la previsión legal no puede ser suplida por la jurisprudencia atendiendo a los criterios del T.E.D.H., es por todo ello por lo que los demandantes en amparo sugieren la cuestión de inconstitucionalidad del art. 579 L.E.Crim.

Especialmente interesantes y acertados son los razonamientos del Alto Tribunal respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por los recurrentes. El T.C. en su F.J. 7º concluye que la declaración de inconstitucionalidad del precepto únicamente conllevaría mayor inseguridad jurídica,

puesto que los poderes públicos inaplicarían la citada norma mientras por el legislador no se completase las deficiencias del indicado precepto. Es por ello, por lo que considera que es una labor del legislador suplir las deficiencias de que adolece la normativa vigente en el sentido de completar el art. 579 L.E.Crim.

Finalmente, el T.C. tras un detallado análisis de las circunstancias concurrentes y un pormenorizado repaso a la jurisprudencia del T.E.D.H., reconoce que el art. 579 L.E.Crim. en su redacción dada por la L.O. 4/1988, adolece de vaguedad y continúa siendo insuficiente por indeterminado para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones interpretado conforme al art. 10.2 C.E. en relación con el art. 8 del Convenio de Roma.

2º) Con carácter subsidiario al anterior, la falta de necesidad y adecuación –proporcionalidad- de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones telefónicas. Concretamente se alegaba la concurrencia de múltiples irregularidades tales como la falta de indicios de criminalidad al autorizar las primeras intervenciones telefónicas toda vez que las diligencias se iniciaron con un anónimo; falta de motivación judicial y responder a modelos estereotipados; ausencia de control judicial así como de la pertinente transcripción y cotejo de las cintas originales; las partes no fueron convocadas para la audiencia de las cintas y mientras que las diligencias de investigación se iniciaron por un supuesto delito de malversación de caudales públicos las condenas lo fueron por delitos distintos, revelación de secretos, tráfico de influencias, cohecho y falsedad en documento mercantil.

El T.C. consideró que se había producido una vulneración del art. 18.3 C.E. a la vista de las mencionadas irregularidades y en consecuencia declaró que las intervenciones telefónicas practicadas eran nulas⁴⁶.

b) Normativa que ha sido promulgada con posterioridad a la reforma de la L.E.Crim. por virtud de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo .-

A fin de disponer de un marco normativo claro de la regulación del secreto de las comunicaciones existente en la actualidad en nuestro país, procede citar por orden cronológico, que por lo que respecta a la jurisdicción especial militar, los arts. 188 y 189 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (L.O.P.M.) establecen los requisitos para acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado⁴⁷.

- La L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, modificó el Código Penal, regulando dichas conductas en el capítulo relativo a la revelación de secretos.

⁴⁶ Sin embargo cabe precisar que el T.C. tras analizar cada una de las irregularidades denunciadas, consideró que no todas ellas se habían producido.

⁴⁷ Art. 188 de la L.O.P.M.: “Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención”.

Art. 189: “Las grabaciones o filmaciones serán entregadas inmediatamente al Juez que hubiere acordado la intervención, quien para la audición o visión estará a lo dispuesto para la lectura de la correspondencia”.

- La Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, prevé la posibilidad de acordar medidas de intervención telefónica⁴⁸.

- Otra novedad significativa la encontramos en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (L.O.R.C.), por la que se modifica la L.O. 6/1985, del Poder Judicial, cuyo artículo 1^º⁴⁹, prevé entre los efectos del concurso la

⁴⁸ Artículo único La Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo: “1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”.

⁴⁹ El art. 1 de la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal es del tenor literal siguiente:

“Artículo 1. Efectos del concurso sobre derechos fundamentales del concursado.

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

1ª La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.

2ª. El deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliere este deber o existieren razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario.

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

2. Si se tratare del concurso de una persona jurídica, las medidas previstas en el apartado anterior podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes los sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores.

3. La adopción de cualquiera de las medidas descritas en el apartado 1 de este artículo se acordará previa audiencia del Ministerio Fiscal y mediante decisión judicial motivada, conforme a los siguientes criterios:

a) La idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso;

b) El resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta;

posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas del concursado⁵⁰.

En sintonía con la L.O.R.C. se halla la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, la cual regula también de una forma más genérica la injerencia en el secreto de las comunicaciones en su art. 41 respecto de la correspondencia, la residencia y la libre circulación del deudor⁵¹.

La L.O.R.C. constituye sin duda alguna un cambio sustancial respecto de la regulación precedente de restricción de derechos individuales de la persona del concursado o quebrado conforme a la L.E.C. de 1881 y el Código de Comercio de 1829⁵², que preveían la posibilidad de intervenir la correspondencia y el

c) La proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido.

d) La duración de la medida, con fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción.

⁵⁰ El Informe al Anteproyecto de L.O.R.C., por la que se modifican la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal así como el Informe al Anteproyecto de Ley Concursal, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, puede consultarse en la página *web* www.poderjudicial.es.

⁵¹ El art. 41 de la Ley 22/2003 bajo la rúbrica “Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor” dispone lo siguiente: “Los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación serán los establecidos en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.

⁵² El procedimiento del concurso de acreedores se hallaba regulado en los arts. 1173.1º, 1.176 y 1.177 de la L.E.C. aprobada por R.D. de 03.02.1881 y la quiebra en los arts. 1.044.6º y 1.058 del C.Com. de 1829, complementados por los arts. 1.338 y 1.339 de la L.E.C. de 1881.

arresto del deudor, tal y como será analizado en el apartado relativo a la titular del derecho fundamental objeto de estudio.

- La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, (B.O.E. núm. 264, de 04.11.2003) regula en su art. 33 bajo la rúbrica del “secreto de las comunicaciones”⁵³ el deber de los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas de garantizar el secreto de las comunicaciones.

- Finalmente, en el ámbito europeo se producirá sin duda alguna un cambio sustancial si se reúnen las adhesiones necesarias de los Estados interesados para la adopción del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, Acto del Consejo de 29.05.2000 (publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 12 de julio de 2000), el cual fue ratificado por España en fecha 27.01.2003 y entró en vigor en nuestro país el 23.08.2005 (B.O.E. 28.10.2005)⁵⁴.

⁵³ Concretamente dispone: ““Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

Asimismo, los operadores deberán adoptar a su costa las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones dispuestas conforme a lo establecido en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia”.

⁵⁴ El citado Convenio aún no ha entrado en vigor en Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Reino, tal y como puede consultarse en http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2005/17758&txtlen=1000.

Atendido que los sistemas judiciales son distintos en cada país, el Consejo de la Unión Europea adoptó el referido Convenio para facilitar la ayuda judicial mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros (policías, aduanas y tribunales) en diversas materias tales como objetos robados, creaciones de equipos comunes de investigación o la práctica de una prueba pericial o testifical por videoconferencia) con el fin de que la cooperación penal resulte más rápida y eficaz.

El Título III del Convenio bajo la rúbrica “Intervención de las comunicaciones” regula en sus arts. 17 a 22 la solicitud de ayuda mutua entre los Estados miembros de interceptación y transmisión de telecomunicaciones, solicitud que se examinará de acuerdo con la legislación y los procedimientos nacionales de cada Estado miembro.

Se prevé la posibilidad de que la interceptación sea efectuada a petición de la autoridad competente de otro Estado miembro, por una autoridad judicial o administrativa designada por el Estado miembro en cuestión. La telecomunicación podrá interceptarse y transmitirse directamente al Estado miembro demandante, o ser registrada y transmitida con posterioridad.

Entre las principales novedades se encuentra el hecho de que la interceptación podrá también hacerse en el territorio de un Estado miembro en que se encuentre la estación terrestre de comunicaciones por satélite si la asistencia técnica de este Estado no es necesaria por medio de los proveedores de servicios en el Estado demandante. Finalmente se dispone que cuando la

interceptación continúe en el territorio de un Estado porque el objetivo se desplaza pero la asistencia técnica de este Estado no sea precisa, se informará obligatoriamente al otro Estado miembro de que se ha producido una interceptación.

3) Concepto de intervención telefónica .-

Antes de analizar los requisitos necesarios para la adopción de una medida de intervención telefónica, consideramos conveniente hacer referencia a determinados conceptos que aparecerán repetidamente en el presente trabajo.

3.1) El concepto de “comunicación”.

El art. 18.3 de la C.E. no da una definición de qué hay que entender por “comunicación” pero según la doctrina mayoritaria⁵⁵ dentro del citado precepto pueden entenderse incluidos todos los medios modernos de comunicación que existen actualmente y que pueden ir apareciendo en el futuro atendida la revolución

⁵⁵ MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 44. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 96 al interpretar los medios de comunicación del art. 18.3 C.E., esto es, postales, telegráficas y telefónicas apunta que: “Sea como fuere, la interpretación correcta, como es generalmente admitido, no puede ser otra que ver en la alusión a esos tres tipos de comunicación meros ejemplos que quiso ofrecer el constituyente del 78, por lo que el carácter secreto hay que predicarlo de *todo tipo de comunicación* independientemente del soporte que se utilice, siempre, claro está, que permita mantener al margen a los terceros, o sea, que se conforme como un canal cerrado. Por ello, **la protección comprende tanto las presentes formas de comunicación como las que puedan desarrollarse en el futuro y que se efectúen por canal cerrado**”. (negrilla nuestra).

tecnológica. Piénsese a modo de ejemplo en las comunicaciones efectuadas a través de teléfonos móviles o convencionales, los sonidos o señales emitidos en la transmisión de los faxes, teletipos o videoconferencias o en el correo electrónico de Internet.

Así lo entiende, entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ⁵⁶ que considera que no existe un “*numerus clausus*” respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de vigilancia, lo cual es, sin duda positivo, si bien apunta que también tiene una dimensión negativa, en el sentido que será necesario que se cumplan las mismas garantías que las previstas para la interceptación de comunicaciones telefónicas si se desea intervenir comunicaciones no telefónicas puesto que a ellas también les es de aplicación el carácter secreto del art. 18.3 C.E.

Existe un criterio unánime que considera requisito indispensable para que haya “comunicación” en los términos del art. 18.3 C.E. que exista una infraestructura o artificio comunicativo, que no tiene que ser sofisticado, se exige, por tanto, una distancia real entre los comunicantes.

Asimismo también se exige que la comunicación se realice por canal cerrado, puesto que si la transmisión de la información o mensaje no se hace por canal cerrado, en modo alguno hay que considerar que estemos ante la posibilidad de aplicar el derecho al secreto de las comunicaciones ya que no habrá expectativa de secreto.

⁵⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 50.

Hay comunicaciones que se realizan por canal abierto (piénsese en la radio o la televisión) que precisamente tienen por objeto obtener la máxima difusión de la información y no precisamente la expectativa de secreto⁵⁷. El emisor que usa un canal cerrado pretende que su mensaje llegue a una determinada persona, y este canal cerrado es el que justifica la presencia de una expectativa de secreto. Considero muy clara la afirmación de MARTÍN MORALES en el sentido que: “(...) la comunicación, cuya interceptación prohíbe la Constitución, es la realizada sin publicidad, la no susceptible, por su propia naturaleza, de ser conocida por terceros”⁵⁸.

La exigencia de canal cerrado tiene una considerable relevancia respecto de los usuarios de las formas comunicativas no telefónicas de reciente implantación, a las que antes hemos hecho referencia, puesto que estos usuarios también tienen una expectativa de que se garantice el secreto de sus comunicaciones.

Así por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones se aplicará al correo electrónico, a las videoconferencias, al envío de mensajes a través de Internet, al uso del chat cuando se emplea

⁵⁷ Respecto de la clase de comunicaciones que no se hallan dentro de la esfera de protección del art. 18.3 C.E., RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., pág. 22 y doctrina citada por el mismo, según el cual las comunicaciones de ámbito público (televisión, radio u otros canales, cuyos destinatarios son un número indeterminado de personas), no se hallan amparadas por el art. 18.3 C.E. sino por el art. 20.1 C.E., precepto que reconoce y protege los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. El mismo criterio es sostenido por LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 21 y 22.

⁵⁸ MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 46.

la opción que limita la comunicación a dos interlocutores (*vis-à-vis*) o a las comunicaciones telefónicas que tienen lugar en la Red, mientras que a otras formas de comunicación que se realicen por canal abierto en Internet (tales como radio o chat entre varios interlocutores) no les será de aplicación la protección del art. 18.3 CE.⁵⁹

En cuanto a la jurisprudencia⁶⁰, el T.S. ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunos de estos nuevos medios comunicativos. A modo de ejemplo, cabe citar la S.T.S., 2ª, de 08.02.1999, Ponente Excmo. Sr. Martín Pallín, en que los agentes de la policía judicial utilizaron un aparato técnico de interceptación de las comunicaciones (un “scanner”) para intervenir las conversaciones mantenidas a través de un teléfono móvil de

⁵⁹ Así lo sostiene de forma clara FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit. págs. 99 y 100, conforme el cual los usuarios de las nuevas formas de comunicación vía Internet por canal cerrado presentan una expectativa de que se garantice su libertad de comunicación, mientras que no están cubiertas aquellas comunicaciones que se realizan por los canales abiertos de Internet, tales como los chats en que no se haya utilizado la opción limitativa de dos interlocutores, los grupos de discusión así como la radio y la televisión, toda vez que en definitiva de lo que se trata en el art. 18.3 C.E. es de no permitir el acceso a un tercero, por lo que el precepto no resulta de aplicación para las partes entre las que tiene lugar el proceso comunicativo.

Enb el mismo sentido, RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit. pág. 67: “...lo coherente es entender que el artículo 18.3 reconoce un derecho al secreto de las telecomunicaciones que se realizan por canal cerrado”.

⁶⁰ El T.C. ya ha reconocido que debería ampliarse la noción o concepto de “comunicación” tras la revolución tecnológica que ha conllevado la informática, entre otras, S.T.C. 70/2002, 1ª, de 3 de abril, ponente Excmo. Sr. Garrido Falla, la cual dispuso expresamente: “Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE”.

titularidad particular, sin que para ello se hubiera obtenido la preceptiva autorización judicial, lo que permitió desbaratar una operación de tráfico de drogas.

El T.S. anuló la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga que estimó válida la prueba por tratarse de acceder a un medio de comunicación libre, toda vez que consideró nula la intervención por vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por lo que negó valor probatorio al resultado de la interceptación de las conversaciones así como a todas las demás diligencias practicadas a raíz de esa intervención ilegal.

Sirvan de muestra también la S.T.S., 2ª, de 20.12.1996, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto, relativa a la incautación por la policía de un teléfono móvil en el curso de una investigación por parricidio, y la asunción por un agente de la identidad de su titular para obtener información sobre un delito contra la salud pública que le transmitió la persona que llamó a dicho teléfono⁶¹, o la

⁶¹ Concretamente el Órgano “ad quo”, esto es, la Audiencia Provincial de Lérida, consideró que no se había vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones de los acusados ni que resultaba necesaria autorización judicial toda vez que no se había realizado una intervención telefónica en sentido material puesto que la Policía se había limitado únicamente a responder una llamada de un teléfono móvil que eventualmente disponía, todo ello en base a que el secreto únicamente existe frente a terceros y no entre los interlocutores. Por contra el T.S., señaló que en el caso enjuiciado no se trataba de conversaciones espontáneas y conscientes, sino que se había mediado un tercero (la Policía) ajeno a los dos supuestos interlocutores entre los que debía llevarse a cabo la comunicación, ya que la Policía ocultó su identidad, haciéndose pasar por un conocido del otro interlocutor. Es por ello, por lo que el Alto Tribunal concluyó que se había producido una interferencia por un tercero, no disponiendo la Policía ni de potestad ni de autorización judicial para utilizar el teléfono móvil que tenía en su poder, y en consecuencia se había vulnerado el derecho fundamental del art. 18.3 C.E. de los acusados.

S.T.S., 2ª, de 10.02.1998, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, referida a la colocación de aparatos de escucha en una celda para conocer las conversaciones de dos presos y obtener información sobre los graves delitos que se estaban investigando.

Respecto a los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, cabe citar la S.A.P. de Madrid, 15ª, de 26.05.1999, ponente Exmo. Sr. Andrés Ibáñez, la cual realiza un análisis claro y exhaustivo sobre si nuestro ordenamiento jurídico brinda protección constitucional a las comunicaciones entre dos sujetos por vía de la telefonía móvil o celular. La A.P.Madrid, tras citar las S.T.C. 34/1996⁶² y S.T.S. 08.02.1999 (antes citada), estimó que el teléfono móvil ha de ser considerado como teléfono tradicional o convencional a todos sus efectos⁶³.

En el caso enjuiciado, la Audiencia concluyó que las interceptaciones realizadas por personal del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) eran constitutivas de un delito

⁶² S.T.C. 34/1996, 2ª, de 11 de marzo, ponente Sr. Mendizábal Allende, cuyo F.J. 5 es claro al disponer que: “(...)las comunicaciones entabladas por telefonía móvil automática deben ser consideradas comunicaciones telefónicas; el teléfono inalámbrico de estas características es eso, un teléfono (...)”.

⁶³ El F.J. 4ª de la sentencia objeto de comentario, dispone: “Por lo demás, esta interpretación encuentra pleno respaldo en la conocida Sentencia 34/1996 (RTC 1996\34) del Tribunal Constitucional, que no dudó en señalar que, a los efectos del art. 192 bis, introducido en el Código Penal en 1984, «el teléfono inalámbrico (...) es eso, un teléfono, aunque el sonido no se transmita por cable...». Y, más recientemente, también en la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1999 (RJ 1999\291), que confirma la ilegalidad del acceso al curso de las comunicaciones telefónicas ajenas, incluidas las de TMA, mediante la utilización de artificios técnicos, sin autorización judicial”. Con posterioridad han sido dictadas numerosas sentencias por el T.S. que admitían la intervención de las comunicaciones telefónicas de un teléfono móvil (entre muchas otras S.S.T.S., 2ª, de 06.06.2005, ponente Exmo. Sr. Andrés Ibáñez; 28.06.2005, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer y de 18.07.2005, ponente Exmo. Sr. Martínez Arrieta).

tipificado en el art. 192 bis 1º introducido en el C.P. de 1973 por la L.O. 15.10.1984, esto, de un delito de interceptación de comunicaciones, toda vez que consideró acreditada la práctica reiterada de la actividad consistente en introducirse subrepticamente en la comunicación establecida por otras personas mediante el teléfono, sirviéndose para ello de los avanzados aparatos técnicos de que disponían, y habiéndose llevado a cabo dicha actividad con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones.

Además, precisó que se trató de actuaciones en las que nunca se dispuso de la preceptiva autorización judicial, siendo rechazada la tesis sostenida por las defensas de los acusados en orden a una teórica aleatoriedad en los sujetos pasivos de las interceptaciones telefónicas, puesto que tal y como razona la A.P. Madrid si se atiende a los años en que se produjeron las escuchas y grabación de las conversaciones (principios de los años 80), únicamente se podía tener control sobre una determinada categoría o clase social de personas (atendido el elevado coste de la telefonía móvil), de modo que en todo caso la aleatoriedad únicamente podría predicarse de las víctimas⁶⁴.

⁶⁴ Se acreditó la interceptación de las comunicaciones realizadas por importantes cargos públicos (desde diversos parlamentarios y ministros, personajes públicos y hasta de S.M. el Rey Juan Carlos), publicándose en el diario “El Mundo” un estadillo de varias de las conversaciones interceptadas. En este contexto, al hablar de “víctimas”, la Audiencia se refiere a los interlocutores de dichos cargos públicos, esto es, ciudadanos “comunes” sorprendidos en el ejercicio de su derecho a la intimidad.

Asimismo por parte de las defensas se alegaba la seguridad nacional como excusa para la práctica ilegal de interceptación y análisis del espectro radioeléctrico.

La A.P.Madrid condenó no únicamente los operadores del CESID que ejecutaron materialmente las escuchas y grabaciones sino también a altos cargos directivos, los cuales desde su posición jerárquica planificaron y dirigieron la estrategia a seguir.

Contra la citada sentencia se formuló recurso de casación, que fue desestimado por la S.T.S., 2a, de 22.03.2001, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín. Interpuesto recurso de amparo, el mismo fue estimado por la S.T.C. de 22.03.2004, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez, por considerar que se había vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso público con todas las garantías, y concretamente, el contenido del derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 C.E.) siendo en consecuencia anuladas las sentencias de la Audiencia Nacional y del T.S.⁶⁵.

3.2) El concepto de “secreto”.

Respecto el concepto de “secreto”, al que ya hemos hecho referencia al tratar sobre la noción de “comunicación”, ha sido objeto de numerosos estudios tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial en el ámbito de las comunicaciones telefónicas⁶⁶. Si

⁶⁵ Concretamente el T.C. consideró que los magistrados de la A.P.Madrid que enjuiciaron los hechos en primera instancia fueron los mismos que durante la instrucción revocaron el Auto de archivo, ordenando continuar la tramitación y la realización de diversas diligencias, por lo que el Alto Tribunal consideró que la A.P.Madrid ya había exteriorizado un juicio anticipado sobre la responsabilidad penal de los implicados, y en consecuencia, se había vulnerado el derecho de los recurrentes a la imparcialidad judicial.

⁶⁶ El concepto de secreto es verdaderamente amplio puesto que cabría distinguir entre secreto público, privado y profesional, con sus respectivos contenidos, alcances y sujetos afectados. Es por ello, por lo que en el presente trabajo hemos considerado oportuno centrarnos únicamente en el concepto de

atendemos a las diversas definiciones que el Diccionario de la Real Academia Española prevé de “secreto”, cabe destacar la siguiente: “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”.

Efectivamente, en el significado común de la palabra “secreto” se entiende aquello que se tiene reservado y oculto. Dentro del ámbito jurídico-penal, parece que la reserva a un determinado número de personas y el ocultamiento a otro, es la característica esencial del secreto.

De este modo, podemos afirmar que el secreto presenta una naturaleza formal al estar vinculado únicamente a la idea de comunicación y desvinculado de cualquier tipo de contenido de la misma. Precisamente en este sentido se pronunció la importante S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, ponente Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, la cual en su F.J. 7º dispuso que el secreto “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”⁶⁷.

De todo ello se deduce que a criterio del T.C. no toda comunicación es necesariamente íntima pero sí secreta y que la protección constitucional se extiende al propio proceso de

secreto en el contexto de las comunicaciones telefónicas, o dicho de otro modo, en la interpretación hermenéutica relativa a la noción de secreto prevista en el art. 18.3 C.E.

⁶⁷ Esta doctrina ha sido reiterada en posteriores resoluciones, en idénticos términos se pronunciaron la S.T.C. 34/1996, 2a, de 11 de marzo, ponente Exmo. Sr. de Mendizábal Allende, en su F.J. 4º así como la S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, 1a, ponente Exmo. Sr. Garrido Falla, F.J. 9º.

comunicación⁶⁸. Respecto de si hay o no secreto entre el emisor y el receptor, sin perjuicio de que esta cuestión será objeto de análisis más adelante, procede indicar que entre ambos no hay secreto, puesto que de lo que se trata en el art. 18.3 C.E. es de no permitir la entrada o acceso de un tercero en dicho proceso comunicativo. Al no existir entre las partes un deber de reserva de lo comunicado, nada impide que uno de los interlocutores pueda retener (grabar) el contenido de una conversación, e incluso mostrarla a un tercero⁶⁹.

Además la referida S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, siguiendo la S.T.E.D.H. de 02.08.1984 (caso Malone contra el Reino Unido⁷⁰) dispuso que “el concepto de secreto no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales”. Es por ello, por lo que según MARTÍN MORALES el concepto de “secreto” del art. 18.3 C.E. “alcanza, pues, a todos los datos relativos a la comunicación” de forma que “los aspectos del proceso de comunicación que no sean notorios a terceros deben quedar también protegidos por el

⁶⁸ Así lo entiende la doctrina, entre muchos autores, LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 24 y 25.

⁶⁹ Este deber de reserva en general, esto es, con independencia del carácter íntimo o no de lo comunicado, únicamente podría venir impuesto por el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 C.E.

⁷⁰ En su Sentencia de 02.08.1984 (caso Malone) el T.E.D.H. se refería a la técnica de “comptage” la cual consiste en la utilización de un artificio técnico que registra los números marcados en un determinado teléfono, la hora y la duración de cada llamada, aunque no el contenido de la comunicación misma. El Alto Tribunal consideró que el empleo de dicha técnica por parte de la policía de Londres constituía una infracción del art. 8 del C.E.D.H. Para un análisis más detallado del citado pronunciamiento del T.E.D.H. puede consultarse RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, ob.cit., págs. 250 a 254.

art. 18.3 C.E.⁷¹”. En contra de esta postura, se pronuncia RODRIGUEZ RUIZ, según la cual la definición de secreto del art. 18.3 C.E. únicamente cubre las circunstancias que rodean el proceso comunicativo en la medida en que éstas permanecen secretas respecto a terceros⁷².

Entre los pronunciamientos judiciales más recientes en orden al concepto de secreto consagrado en el art. 18.3 C.E., cabe citar S.T.S. de 25.09.2003, 2ª, ponente Exmo. Sr. Martínez Ariete, el Auto del T.C. nº 30/1998, 2ª, sección 4ª, y la S.T.C. 56/2003, Sala 2ª, de 24 de marzo, ponente Exma. Sra. Pérez Vera, los cuales mantienen que el secreto de las comunicaciones no cubre sólo el contenido de la comunicación sino también la identidad subjetiva de los interlocutores.

Concretamente, en la S.T.S. 25.09.2003, el recurrente alegó la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por los funcionarios del servicio de vigilancia aduanera puesto que en el momento de su detención se intervinieron tres teléfonos móviles, considerando que se había manipulado los mismos, teniendo acceso a los datos memorizados en éstos.

Sin embargo, el T.S., haciendo alusión a la doctrina jurisprudencial sobre la legitimidad de la indagación en la memoria del aparato móvil de la telefonía (S.S.T.S. 316/2000, de 3 de marzo, 1235/2000, de 27 de junio y 1.086/2003, de 25 de julio), concluyó que en el caso enjuiciado la policía había actuado de forma

⁷¹ MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, págs. 56 a 58.

⁷² RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., pág. 74.

proporcional puesto que únicamente se limitó a la comprobación de unos números de teléfono, sin que dicha operación permita comprobar el destinatario de la llamada, ni el tiempo.

Por su parte, la S.T.C. 56/2003, 2ª, de 24 de marzo, ponente Exmo. Sra. Pérez Vera, haciendo expresa aplicación de la doctrina establecida por la importante S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, ya comentada, denegó el amparo solicitado ya que consideró que no se había producido una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones puesto que fue uno de los interlocutores de la conversación -el denunciante del chantaje, el cual era víctima de amenazas- quien autorizó expresamente a la Guardia Civil para que registrase sus conversaciones a fin de que pudiesen averiguar desde que número de teléfono le llamaban.

El Alto Tribunal convino con el Ministerio Fiscal que no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el cual se establece la comunicación con él⁷³, puesto que “en otro caso, todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados

⁷³ La referida S.T.C. 56/2003 a efectos de sostener la no vulneración del art. 18.3 C.E. hizo referencia a la S.T.E.D.H., sección 3a, de 25.09.2001 caso P.G. y J.H. (dos ciudadanos británicos) contra Reino Unido, conforme a la cual: “la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria para la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al período de tiempo de las llamadas telefónicas”. Concretamente los recurrentes alegaban que se usaron aparatos de escucha encubiertos para grabar conversaciones en un piso mientras estaban detenidos en una comisaría de policía, concluyendo el T.E.D.H. que efectivamente se había vulnerado el art. 8 del C.E.D.H.

infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 C.E.”⁷⁴.

Es por todo lo anteriormente expuesto por lo que la doctrina jurisprudencial califica la categoría de secreto como estrecha y funcionalmente asociada a la de intimidad, disponiendo de forma explícita la S.A.P. Madrid, sección 15ª, de 26.05.1999, antes comentada: “Y muy reflexivamente en el constitucionalismo contemporáneo y en la Constitución Española (art. 18.1º y 3º), donde el secreto opera, bajo la forma de derecho fundamental medio, como dispositivo de protección de las comunicaciones. Precisamente por ser éstas proyección genuina y vehículo de contenidos inherentes al derecho fundamental-fin que es la intimidad personal”⁷⁵.

Sin embargo, cabe tener muy presente, tal y como desarrollaremos en el apartado relativo al bien jurídico protegido, que el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 C.E. protege la comunicación mientras dure el proceso comunicativo, puesto que una vez finalizado éste, la protección constitucional de lo comunicado o de lo recibido es objeto de protección por el derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E.⁷⁶.

⁷⁴ Es literal del F.J. 3º de la sentencia objeto de comentario.

⁷⁵ La referida resolución es de una claridad meridiana al establecer: “Con la protección constitucional de las comunicaciones se busca garantizar el derecho a la libertad de transmitir el propio pensamiento, de hacerlo llegar a quien también libremente se elige como destinatario, sin que otros puedan inmiscuirse en esa relación. Aquí, lo tutelado, atañente a una intimidad originaria, la del emisor, sale de esa esfera para ingresar en la, también íntima, de un tercero. De este modo, libertad y reserva, secreto y comunicación libre, son valores y derechos constitucionales unidos de forma inescindible”.

⁷⁶ Sobre la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y de la intimidad, se pronunció

3.3) Concepto de intervención telefónica .-

Atendida la insuficiencia de la regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico sobre la intervención judicial de las comunicaciones telefónicas pese a la reforma del art. 579 L.E.Crim. por virtud de L.O. 4/1988, de 25 de mayo⁷⁷, tanto la doctrina como la jurisprudencia han realizado una intensa labor a fin de tratar de dar un concepto de intervención telefónica lo más acorde posible con el art. 18.3 C.E. y las exigencias del art. 8 del C.E.D.H.

Respecto a la jurisprudencia del T.S. cabe destacar la doctrina establecida por la sentencia de 31.10.1994, 2ª, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, que posteriormente ha sido

la S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, 1a, ponente Exmo. Sr. Garrido Falla, F.J. 9º, se precisa que «el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente» y que «la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos», de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación. En el mismo sentido S.S.T.C. 118/2001, 1a, de 24 de mayo, ponente Exmo. Sr. Cruz Villalón, y S.T.C. 10/2002, Pleno, de 17 de enero, F.J.5º, ponente Exmo. Sra. Casas Baamonde, las cuales si bien referidas al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.) establecen que es doctrina jurisprudencial pacífica que el derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares.

⁷⁷ Esta deficiente regulación legal ha sido puesta de relieve tanto por el T.S. como por el T.C. y el T.E.D.H., pudiéndose citar entre las resoluciones más recientes las S.S.T.E.D.H de 30.07.1998 y 18.02.2003 (casos Valenzuela Contreras y Prado Burgallo, respectivamente) así como las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril y 184/2003, de 24 de octubre, que ya han sido objeto de comentario en las páginas precedentes y las S.S.T.S., 2a de 19.04.2004, ponente Exmo. Sr. Román Puerta Luis y S.T.S. 28.06.2005, 2a, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer.

reiterada en muchísimas resoluciones posteriores⁷⁸. El criterio interpretativo del T.S. respecto el concepto de intervención telefónica era el siguiente:

“Las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”.

En cuanto a la definición de intervención telefónica por parte de la doctrina, cabe destacar la que sentó LÓPEZ-FRAGOSO⁷⁹, toda vez que dicha definición ha sido la que acogieron otros autores⁸⁰, apreciándose únicamente unas ligeras variantes de estilo.

Concretamente LÓPEZ FRAGOSO dispuso que las intervenciones telefónicas pueden definirse:

⁷⁸ Efectivamente, dicho concepto ha sido posteriormente aplicado por las S.S.T.S., 2a, de 20.02.1995 y 19.10.1996, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez; de 04.02.1997, ponente Exmo. Sr. Móner Muñoz; 08.02.1997; 26.05.1997; 02.12.1997 y 22.04.1998, siendo en todas ellas ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid.

⁷⁹ LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. pág. 12. Especialmente interesante resulta el análisis pormenorizado que el citador autor sobre cada uno de los elementos de la definición.

⁸⁰ Es el caso de FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo: “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, Poder Judicial, núm. 32, diciembre 1993, p. 19, así como de NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, p. 115, Revista de Ministerio Fiscal, núm.1, enero-junio de 1995.

“(...) como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse–, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”⁸¹.

Respecto a la naturaleza jurídica de las medidas de intervención telefónica, es de destacar que tanto la doctrina⁸² como la jurisprudencia pronto fijaron una clara distinción entre las dos funciones que las referidas medidas cumplen, en el sentido de que por un lado desempeñan una importante función investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de

⁸¹ Tal vez más detallada en lo que a los requisitos de validez de la medida de intervención telefónica se refiere, es la definición que ofrecen PAZ RUBIO, José María, MENDOZA MUÑOZ, Julio, OLLE SESÉ, Manuel y RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Ed. Colex, 1999, pág. 209, conforme a los cuales: “[...]todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y dilucidar la participación del autor”.

⁸² Es de destacar las consideraciones que LÓPEZ FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. págs. 14 a 20, realiza sobre la naturaleza jurídica de esta medida de restricción o limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, según el cual para delimitar su naturaleza jurídica hemos de fijarnos en su propio contenido así como en sus funciones, concluyendo dicho autor al igual que la jurisprudencia, que la medida de intervención telefónica cumple: “[...] dos funciones principales, por un lado, desempeña una función probatoria, no es en sí misma un medio de prueba, sino una fuente de prueba (...) y cumple también una importante función investigadora”.

convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental⁸³).

Sobre esta doble naturaleza jurídica de la medida de intervención telefónica, el T.S. tuvo ocasión de pronunciarse en sus sentencias, todas ellas de la Sala 2ª, de 11.10.1994, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Ferreiro, en su F.J. 1º; 17.11.1994, ponente Exmo. Sr. Román Puerta Luis, F.J. 5º y de 24.03.1999, ponente Exmo. Sr. Jiménez García, disponiendo esta última de forma clara en su F.J. 1º que:

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

Dicha concepción se sigue actualmente por la jurisprudencia más reciente como es la S.T.S. de 06.11.2000, 2ª, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo⁸⁴:

⁸³ Para la validez del contenido de las conversaciones telefónicas como medio de prueba documental en el proceso penal, es preciso que se hayan aportado las cintas originales íntegras al proceso y que las partes dispongan de las mismas, previa cotización por el Secretario judicial, veáanse en este sentido, desde la S.T.C. 128/1988, de 27 de junio, 1ª, ponente Exmo. Sr. Tomás y Valiente, la cual apuntó “Que las cintas son medio de prueba y, en concreto, prueba documental es algo admitido con reiteración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, pasando por las S.S.T.S., 2ª, de 23.12.1994, ponente Exmo. Sr. Hernández Hernández; de 14.05.1996, ponente Exmo. Sr. Delgado García; de 12.04.1997, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín; de 07.11.1997, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto; de 29.07.1998, ponente Exmo. Sr. Delgado García; de 31.01.2005, ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar; 16.05.2005, ponente Exmo. Sr. Delgado García y de 18.07.2005, ponente Exmo. Sr. Martínez Arrieta, entre muchas otras.

“Es doctrina consolidada de esta Sala que las intervenciones telefónicas mediante las cuales se investiga la existencia de un delito y las personas responsables de éste, pueden ser utilizadas como línea o método de investigación criminal y también su resultado puede ser valorado como prueba por el juzgador”.

Considero particularmente interesante la problemática que LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ⁸⁵ planteó sobre la admisibilidad constitucional o no de la medida de intervención telefónica, habida cuenta de los derechos del inculcado a no declarar contra sí mismo (arts. 17.3 y 24.2 C.E.) y a no declararse culpable (art. 24.2 C.E.) toda vez que la finalidad principal de la medida es conseguir declaraciones autoinculpatorias del imputado.

El citado autor, concluyó que el hecho de que el propio art. 18.3 C.E. prevea una limitación del derecho de defensa del imputado (a través del levantamiento del secreto de las comunicaciones mediante autorización judicial) ello no es contrario al art. 24.2 C.E. siempre y cuando se respeten en la práctica todas las garantías que se deducen del art. 18.3 C.E.

⁸⁴ La referida sentencia, tras enumerar de forma pormenorizada los requisitos que deben concurrir para la validez constitucional de la injerencia en el derecho fundamental del art. 18.3 C.E., consideró que las irregularidades concurrentes en el caso enjuiciado eran defectos procesales de legalidad ordinaria, lo que conllevaba que las conversaciones telefónicas no pudiesen ser valoradas como prueba, pero no deficiencias del orden constitucional, por lo que no viciaban de inconstitucionalidad la intervención telefónica ni las pruebas derivadas de la práctica de esta medida de investigación. En el mismo sentido, cabe citar la S.T.S., 2a, de 28.06.2005, ponente Excmo. Sr. Monterde Ferrer, según la cual “(...) es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de prueba y por tanto como medio de investigación, o pueden operar como prueba directa en sí”. Asimismo, veáse S.T.S., 2a, de 16.12.2005, ponente Excmo. Sr. Giménez García.

⁸⁵ LÓPEZ FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 62.

Éste es sin duda un razonamiento que estimo completamente lógico si partimos de la base que el derecho al secreto de las comunicaciones no está reconocido de un modo absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, si el mismo precepto constitucional que lo reconoce ya prevé su limitación -dejando a salvo los supuestos del art. 55 de la C.E.- cuando hubiere recaído una resolución que permita desvelarlo, y concurren todos los requisitos exigidos en orden a su validez, en tal caso resultaría completamente legítima la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, y en definitiva, no supondría una infracción del art. 24.2 C.E.⁸⁶.

Finalmente cabe tener en consideración que es una cuestión pacífica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial⁸⁷ que las intervenciones telefónicas, a pesar de las particularidades en que se realizan -la grabación y la transcripción de las mismas es una

⁸⁶ Hay que tener presente que existen ciertos valores en una sociedad democrática que pueden justificar en determinados casos la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, como puede ser la investigación de graves hechos delictivos, siempre que exista un control judicial efectivo de la medida de intervención telefónica. Respecto a que el derecho al secreto de las comunicaciones no está reconocido de un modo absoluto, se pronunció entre muchas otras, S.S.T.S., 2a, 31.10.1994 y S.T.S. 01.03.1996, ambas del mismo ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez. Asimismo RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 28 y 29.

⁸⁷ Entre la jurisprudencia más reciente, encontramos las S.S.T.S., 2a, de 29.04.2005, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre y de 06.06.2005, de la misma Sala y ponente, las cuales disponen de forma clara y contundente que “La audición y transcripción del contenido de las grabaciones -o el cotejo de las transcripciones efectuadas por la Policía con las grabaciones originales- es una diligencia propia de la fase de instrucción que no requiere la intervención de las partes, bastando para su validez la fe pública del Secretario Judicial, puesto que no se trata de una prueba preconstituida, ni la Ley Procesal exige siquiera la presencia del interesado”.

diligencia propia de la fase de instrucción y por tanto, previa al juicio oral-, ello no permite calificarla de prueba preconstituida.

4) Titulares del derecho .-

En este apartado analizaremos quiénes son los sujetos titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, haciendo especial incidencia en aquellos aspectos que he considerado más interesantes tales como la situación de la persona física o jurídica que se halle incurso en el procedimiento judicial del concurso, el reconocimiento del derecho fundamental del art. 18.3 C.E. tanto a las personas jurídicas de Derecho privado como de Derecho público así como la relevancia del consentimiento.

Antes de proceder al análisis concreto de los sujetos titulares del derecho, cabe tener muy presente que el importante desarrollo de las nuevas tecnologías de los últimos años ha conllevado la aparición de nuevas técnicas de injerencia en los derechos fundamentales, que implican que los mismos, y el derecho al secreto de las comunicaciones no es una excepción, también puedan ser vulnerados por las personas privadas y los particulares -piénsese por ejemplo en los servicios privados de telecomunicaciones-, los cuales en muchas ocasiones disponen de medios más sofisticados que los poderes públicos, y no únicamente por estos últimos.

La respuesta a esta nueva situación no tardó llegar en nuestro Ordenamiento jurídico por vía de los pronunciamientos

judiciales de los más Altos Tribunales. Así el T.C. en su importante Sentencia n° 114/1984, 2ª, de 29 de noviembre⁸⁸, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, dispuso que los infractores del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. podían ser terceros tanto públicos como privados, doctrina que fue posteriormente acogida por la jurisprudencia del T.S., entre otras, S.T.S., Sala de lo Social, 10.03.1990, Ponente Exmo. Sr. Campos Alonso, F.J. 2º.

A la vista de lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la naturaleza del derecho reconocido en el art. 18.3 C.E. permite que el mismo pueda ser objeto de injerencias tanto por parte de personas privadas como por los poderes públicos. Es por ello, por lo que entendemos que es necesaria una nueva regulación de las garantías existentes frente a tales intromisiones, toda vez que las actualmente establecidas no prevén las modalidades de injerencia de los sujetos privados -piénsese en los *hackers* o piratas informáticos en el caso de la intervención de las comunicaciones en Internet-.

⁸⁸ La S.T.C. 114/1984, de 22 de noviembre, en su F.J. 7º estableció que: “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”.

La referida S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, constituye un importante hito al sostener que el art. 18.3 C.E. no puede oponerse frente a quién tomó parte en la comunicación, cuestión que será tratada más adelante en el presente trabajo.

4.1) Las personas físicas.

Que las personas físicas son titulares activos del derecho consagrado en el art. 18.3 C.E. es un hecho plenamente admitido tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

Efectivamente, es doctrina jurisprudencial pacífica, unánime y reiterada del T.S., 2ª, de 20.02.1995, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, F.J. 8º, que: “Del derecho al secreto de las comunicaciones son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad”. En el mismo sentido, S.S.T.S., todas ellas de la Sala 2a, 19.10.1996, ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid; 04.02.1997, ponente Exmo. Sr. Mórner Muñoz; 26.05.1997; 02.12.1997 y 22.04.1998, siendo en todas ellas ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid.

A pesar de tal doctrina considero imprescindible analizar detenidamente la situación específica de cada uno de los sujetos titulares del derecho reconocido en el art. 18.3 C.E.

a) Menores .-

En principio puede afirmarse que los menores de edad son titulares de todos los derechos fundamentales (arts. 14 a 29 de la C.E.) a excepción hecha de los derechos políticos, tales como el sufragio. Ahora bien, centrándonos en el ámbito del secreto de las comunicaciones, no existe ninguna norma o precepto que les prive

de dicho derecho. Efectivamente, en el Código Penal actualmente vigente no existe ninguna regulación similar a la del art. 497.3 del C.P. de 1973, el cual exoneraba a los padres o tutores del delito de descubrimiento y revelación de secretos en cuanto a las cartas o papeles de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia.

Actualmente tanto la doctrina científica⁸⁹ como jurisprudencial⁹⁰ sostienen que los menores son en todo caso titulares del derecho garantizado en el art. 18.3 C.E.

b) Extranjeros .-

En la C.E. la mayoría de los derechos fundamentales se reconocen a todas las personas, sin distinción alguna de

⁸⁹ RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit. pág. 164, según la cual: “Quien entabla una comunicación a distancia está asumiendo las garantías de secreto que ese tipo de comunicación implica, y ello de forma automática y objetiva, con independencia, esto es, de que sea o no consciente de ello. En otras palabras, la actitud de las partes en una comunicación a distancia hacia sus zonas de secreto no altera el carácter objetivamente secreto de esa comunicación. Pues bien, ese carácter objetivamente secreto debe prevalecer en cualquier caso, incluso en el caso de menores que sin capacidad para querer y controlar sus zonas de secreto entablen una comunicación a distancia”.

En parecidos términos MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 69 a 71, en las cuales analiza las relaciones paterno-filiales.

⁹⁰ En cuanto a la doctrina jurisprudencial cabe citar las S.S.T.S., 2a, de 20.02.1995, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, F.J. 8º; de 04.02.1997, ponente Exmo. Sr. Mõner Muñoz, F.J. 2º y de 22.04.1998, ponente Exmo Sr. Montero Fernández-Cid, F.J. 2º entre muchas otras, al establecer las mismas en idéntica forma que: “La CE garantiza en su artículo 18.3 el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, y la medida que nos ocupa incide sobre dicho derecho fundamental de que son titulares las personas físicas y las jurídicas tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad (...)”.

nacionalidad, mientras que otros derechos, de carácter político, se hallan reservados únicamente a los ciudadanos españoles. Esta distinción responde a la construcción de la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros vigente en nuestro ordenamiento jurídico y en los de nuestro entorno⁹¹, según la cual, la mayor parte de los derechos fundamentales se ostentan por el mero hecho de ser persona (razonamiento iusnaturalista), entre los cuales se encuentra el derecho al secreto de las comunicaciones, en tanto que manifestación del derecho a la intimidad, mientras que una minoría de derechos únicamente se reconocen a los españoles por ser de índole política o social⁹².

Sin embargo, gran parte de la doctrina ha criticado la redacción del art. 13.1 C.E. por ser susceptible de inducir a confusión, toda vez que el mismo dispone: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. De este último inciso del precepto, se deduce claramente que hay ciertos derechos que no están reconocidos para los extranjeros, pero no se especifica en modo alguno qué derechos son.

Ha sido el T.C. el que ha realizado una intensa labor de interpretación del referido precepto 13.1 de la C.E. y ha concluido que la primera parte del artículo debe entenderse en el sentido de

⁹¹ Para un análisis más detallado acerca del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros en E.E.U.U., vid. RODRIGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., págs. 159 y ss.

⁹² Entre ellos, pueden citarse el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones no municipales y acceder a funciones y cargos públicos (art. 23 C.E.) o del derecho al trabajo (art. 35 C.E.) o a la vivienda (art. 47).

que existen una serie de derechos que deben ser reconocidos tanto a españoles como a extranjeros en cuanto a derechos que le pertenecen a uno como persona y no como ciudadano, y entre ellos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica, entre otros⁹³.

c) Concursados .-

Tal y como ya hemos apuntado al comentar la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico, la aprobación de la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (L.O.R.C.) modificó el anterior sistema de restricción de los derechos fundamentales de la persona del concursado o quebrado⁹⁴, que

⁹³ Vid. S.T.C. nº 107/1984, de 23 de noviembre, 2ª, ponente Excmo. Sr. Rubio Llorente, F.J. 3º: “Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. **Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles**”. (negrilla nuestra).

⁹⁴ Efectivamente, La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero en su disposición derogatoria única 1ª derogó los arts. 1.176, 1.177, 1.178, 1.338 y 1.339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 03.02.1881, los cuales regulaban la retención de correspondencia de los concursados y quebrados y la disposición derogatoria única, apartado 3º.1 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, de la Reforma Concursal, derogó el Libro IV del Código de Comercio de 1829, cuyos artículos 1.044.6º y 1.058 regulaban la retención de la correspondencia del quebrado.

Los preceptos que integraban la anterior normativa sobre injerencia de los derechos fundamentales del concursado o quebrado eran del tenor literal siguiente:

Art. 1.173 L.E.C.: “En el mismo auto en que se haga la declaración de concurso se dictarán las disposiciones siguientes: 1ª) El embargo y depósito de

únicamente preveía la posibilidad de retener la correspondencia del deudor y el arresto del quebrado, habiéndose pasado a un nuevo contexto en el que resulta plausible la restricción de cualquier clase de comunicación del concursado (incluidas las nuevas formas comunicativas no telefónicas propias de la llamada sociedad de la información)⁹⁵, sin más limitaciones que las previstas en el propio

todos los bienes del deudor, la ocupación de sus libros y papeles y la retención de su correspondencia”.

Art. 1.176 L.E.C.: “Para la retención de la correspondencia se oficiará a la Administrador de correos, previniéndole que la ponga a disposición del Juzgado”.

Art. 1.177 L.E.C.: “En el día y hora que al efecto se señale, el deudor abrirá la correspondencia en presencia del Juez y del actuario. Se retendrá en poder de éste la que pueda interesar al concurso, entregando al deudor la restante. Si éste no compareciese o se hubiese ausentado sin dejar apoderado, el Juez abrirá la correspondencia en presencia del actuario, acreditándolo en los autos”.

Art. 1.335 L.E.C.: “(...)para el arresto del quebrado se expedirá mandamiento a cualquiera de los alguaciles del Juzgado, arreglado al párrafo segundo del art. 1.044 del Código de Comercio».

Art. 1.044.6º C.Com: “En el acto de hacerse por el Juzgado la declaración de quiebra, se proveerán también las disposiciones siguientes: 2) el arresto del quebrado en su casa si diera en el acto fianza de cárcel segura; y, en defecto de darla en la cárcel». (...)6ª. La detención de la correspondencia del quebrado para los fines que se expresan en el art. 1058”.

Art. 1.058 C.Com.: “La correspondencia del quebrado se pondrá en poder del Comisario, quien la abrirá a presencia de aquél o de su Apoderado, entregando al depositario las cartas que tengan relación con las dependencias de la quiebra y al quebrado las que sean de otro asunto. Después de hecho el nombramiento de síndicos serán éstos los que reciban la correspondencia, llamando siempre al quebrado o a su Apoderado, para abrir las cartas que vayan dirigidas al mismo, y entregarle las que no pertenezcan a los intereses de la masa”.

Art. 1338 L.E.C.: “Para la retención de la correspondencia del quebrado se dirigirá oficio al Administrador de Correos, previniéndole que la ponga a disposición del Juzgado”.

Art. 1.339 L.E.C.: “El quebrado, su apoderado, si lo tuviere, o el sujeto a cuyo cargo hubiere quedado la dirección de sus negocios, en el caso de haberse ausentado antes de la declaración de quiebra, será citado en una sola diligencia a fin de que concurra diraiamente, o en los días que se fijen, al lugar y a la hora que el Comisario designe para la apertura de la correspondencia. No concurriendo a la hora de la citación, se verificará por el Comisario y el depositario”.

⁹⁵ Respecto de las distintas clases de comunicaciones del concursado que pueden ser intervenidas se ha pronunciado, entre otros, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 76, al afirmar en relación al art. 1 L.O.R.C.: “Tienen

art. 1 de la L.O.R.C y el sometimiento al sistema de ejecución establecido en la L.E.Crim.

La regulación de restricción de los derechos fundamentales del deudor, conforme a la anterior legislación, había sido objeto de duras críticas por su automaticidad y falta de garantías. Efectivamente, la retención de la correspondencia del concursado era una consecuencia directa de la propia declaración de concurso, y se configuraba como una medida cautelar destinada a facilitar el recabo de información sobre el activo y el pasivo del deudor.

La única garantía que se establecía respecto de la retención de la correspondencia del deudor en el procedimiento de suspensión de pagos era la intervención del Juez de 1ª Instancia en el acto de apertura de la correspondencia, que era el órgano decisorio sobre la inclusión o exclusión de la información que estimase interesante para el buen fin del procedimiento concursal.

Sin embargo, la situación en el caso del quebrado, se agravaba, toda vez que si bien la retención de la correspondencia del quebrado era también inherente a la propia declaración de quiebra, configurándose como una consecuencia necesaria de ésta, la intervención del Juez en la decisión de lo relevante para la causa pasaba a un segundo plano, puesto que su papel quedaba limitado a resolver los recursos interpuestos por el Comisario o por los

cabida, en consecuencia, además de las comunicaciones telefónicas antes referidas, contenidos de informaciones almacenadas en cuentas de correo electrónico, páginas *web* o portales de titularidad del deudor, *faxes*, videoconferencias, mensajes de SMS...”.

síndicos en orden a la decisión de qué correspondencia debía ser considerada relevante para la quiebra.

Tras la entrada en vigor de la Constitución en el año 1978 resultó evidente la necesidad de realizar una nueva interpretación de la normativa que autorizaba la injerencia en los derechos fundamentales de la persona del concursado o quebrado, en el sentido que la adopción de la decisión de retener la correspondencia postal del deudor no debía ser entendida como una medida cautelar consecuencia directa de la declaración de concurso o quiebra sino como una facultad del Juez de decidir motivadamente la adopción de tal medida para asegurar el buen fin del procedimiento concursal, con absoluto respeto a los principios que deben regir la restricción de cualquier derecho fundamental.

Precisamente con esta finalidad de conciliar los preceptos reguladores de la restricción de los derechos fundamentales del concursado/quebrado con la C.E., se pronunció la interesante S.T.C. (Pleno) 178/1985, de 19 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Arozamena Sierra, en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de 1ª Instancia e Instrucción de Lorca por supuesta inconstitucionalidad del art. 1335 de la L.E.C. de 03.02.1881, norma que habilitaba el arresto domiciliario del quebrado, por oposición al art. 24.2 C.E. relativo al derecho a la presunción de inocencia.

El Juez *a quo* no cuestionaba tanto la existencia de la medida de arresto domiciliario del quebrado sino el automatismo de la norma que comporta la declaración de quiebra, que no requería ni

motivación ni una indagación previa acerca de si dan razonablemente las circunstancias que justifican una restricción de la libertad (art. 17.1 C.E.), lo cual consideraba que implicaba partir de una presunción de culpabilidad del quebrado.

El Alto Tribunal concluyó que cualquier decisión restrictiva de los derechos fundamentales basada en la simple declaración de quiebra, entendida como una medida automática sin necesidad de motivación e indagación previa sobre su necesidad y razonabilidad sería contraria a la C.E, estableciendo en su F.J. 2º cómo debían interpretarse los preceptos relativos al arresto del quebrado⁹⁶.

En definitiva, el T.C. afirmó la constitucionalidad del arresto domiciliario del quebrado en tanto que el proceso de quiebra así lo justifique, como sería la protección de la integridad de la masa y la garantía de la correcta tramitación del procedimiento concursal.

Centrándonos en la nueva legislación, el art. 1 de la L.O.R.C⁹⁷ en su apartado 1º define aquellas medidas judiciales de

⁹⁶ Concretamente, el F.J. 2º de la S.T.C. 178/1985, de 19 de diciembre, en relación con los arts. 1333 L.E.C. 1881 y 1044 C.Com. dispuso lo siguiente: “Pero si se interpreta el precepto como una habilitación al Juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de libertad para proteger los bienes que la justifiquen, puede considerarse compatible con el derecho a la presunción de inocencia”.

Posteriormente, la doctrina de la referida S.T.C. ha sido aplicada por las Audiencias Provinciales a los efectos de cómo debía ser interpretada y ejecutada la medida restrictiva de libertad del quebrado, siendo un ejemplo de ello los Autos A.P.Asturias nº 151/2000, 4º, de 2 de noviembre, Ponente Exmo. Sr. Tuero Aller y nº 15/1998, misma sección, ponente Exmo. Sr. Álvarez Sánchez así como de la A.P.Málaga nº 148/1999, 4a, de 17 de mayo, ponente Exmo. Sr. Calvo González y de la A.P.Barcelona, Auto de 03.06.1994, ponente Exmo. Sr. Gimeno-Bayón Cobos.

⁹⁷ Nos remitimos a la transcripción literal del art. 1 L.O.R.C. que hemos realizado en el apartado relativo a la normativa que ha sido promulgada con posterioridad a la reforma de la L.E.Crim.

las que pueden derivarse inferencias sobre determinados derechos del concursado que pueden verse afectados en un procedimiento concursal.

El referido precepto además de prever la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, medida que podrá adoptarse tanto si el concursado es persona física como jurídica, también establece como susceptible de inferencia, la limitación de movimientos del deudor, esto es, el arresto domiciliario en la normativa anterior, de una forma gradual -desde la restricción de la libertad de movimientos hasta el arresto domiciliario- en función del previsible cumplimiento del deber de colaboración en el sentido de permanecer en la población donde radique su domicilio (conforme dispone el art. 1.2ª de la L.O.R.C.).

Ambas medidas podrán adoptarse tanto si el concursado es persona física como jurídica, con las consiguientes dudas no resueltas por la L.O.R.C. sobre cómo debe ejecutarse la inferencia sobre las comunicaciones del concursado persona jurídica toda vez que la intervención telefónica de una empresa puede afectar a la esfera de la privacidad no sólo de los trabajadores sino incluso de los propios clientes.

Finalmente, podemos afirmar que si bien la L.O.R.C. ha supuesto un cambio positivo respecto de la anterior normativa en materia de concursados e incluso respecto de la regulación del art. 579 L.E.Crim. por ser mucho más precisa, no resuelve una serie de cuestiones que son fundamentales en la adopción de las medidas

restrictivas de los derechos fundamentales del concursado, tales como si en el proceso concursal rige el principio de jurisdiccionalidad no solamente en la autorización inicial de la medida de injerencia sino también en la ejecución de la misma, y si es posible la delegación en la ejecución y a qué autoridad, o si la decisión debe ir precedida de un trámite de audiencia previa a los sujetos pasivos de la misma, o bien si es posible la adopción de la injerencia sin el previo conocimiento de la persona afectada, es decir, si es posible realizar una actuación secreta.

Es precisamente por ello por lo que un sector de la doctrina⁹⁸ considera que la L.O.R.C. no ha colmado las expectativas de disponer de una normativa que sea conforme a las exigencias del T.E.D.H. en cuanto a los principios que debe contener la norma reguladora para la licitud de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

⁹⁸ Entre otros autores, cabe citar a RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ob.cit. pág. 79, según el cual el párrafo 3º del art. 1 L.O.R.C. no hace mención expresa alguna al principio de necesidad de la medida y al juicio de ponderación del conflicto de intereses que el mismo implica. El citado autor aún va más lejos y cuestiona la constitucionalidad del art. 1 L.O.R.C. por omisión, al no cumplir las exigencias del T.E.D.H. respecto del principio de la calidad de la norma habilitante, sobre todo a la luz de la reciente S.T.E.D.H. de 01.06.2004 (caso *Narinem vs. Finlandia*), concluyendo: “*Lege data*, la posibilidad que tiene un deudor de anticipar, conforme al tenor del art. 1.1º de la LORC, cuándo, en qué circunstancias, y con qué alcance puede verse afectado en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, es cuando menos relativa”, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ob.cit., pág. 185.

d) Internos en establecimientos penitenciarios.-

En las relaciones de sujeción especial, tal y como ocurre en el caso de las personas reclusas en un establecimiento penitenciario, éstas pueden ver alterado o modificado (que no suprimido) su derecho al secreto de las comunicaciones garantizado en el art. 18.3 C.E.⁹⁹. Ello en efecto es así debido a que el art. 25.2 de la C.E.¹⁰⁰ prevé que los condenados a pena de prisión gozarán de los derechos fundamentales salvo los expresamente limitados en la sentencia, reconociendo el art. 51 de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante L.O.G.P.) el secreto de las comunicaciones a los reclusos.

⁹⁹ Sobre la relación de sujeción especial que origina una serie de derechos y deberes recíprocos entre la Administración Penitenciaria y el interno, se han pronunciado entre muchas otras, S.S.T.C. 120/1990, de 27 de junio, ponente Exmo. Sr. Díaz Eimil, F.J. 6º; S.T.C. 137/1990, de 19 de julio, ponente Exmo. Sr. Leguina Villa, F.J. 4º; S.T.C. 57/1994, de 28 de febrero, ponente Exmo. Sr. González Campos, F.J. 3º y la S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, F.J. 4º, la cual reconoció que los internos en establecimientos penitenciarios también son titulares del derecho del art. 18.3 C.E.: “El acuerdo impugnado afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, del que también son titulares los ciudadanos internos en un Centro Penitenciario, quienes gozan, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25.2 CE, de los derechos fundamentales consagrados en el capítulo segundo del título I de la Constitución «a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

¹⁰⁰ Concretamente el art. 25.2 de la C.E. es del tenor literal siguiente: “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que sean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

Para un mayor análisis de la relación jurídico-especial entre los internos en un establecimiento penitenciario y la Administración Penitenciaria, y más concretamente sobre los derechos fundamentales de los reclusos, véase DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos, “Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. IV, Parte Estudio, 1998, págs. 215-250.

Esta posibilidad de limitar o restringir el derecho al secreto de las comunicaciones a los internos de un establecimiento penitenciario se deriva, tal y como ya hemos apuntado con anterioridad, de que el derecho reconocido en el art. 18.3 C.E. no se configura con carácter absoluto. Precisamente en este sentido, se pronunciaron de forma clara las S.S.T.C., 175/1997, de 27 de octubre, ponente Exmo. Sr. García-Mon y González Regueral así como la S.T.C. 200/1997, de 24 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer.

Es importante precisar desde un principio que a pesar de que la L.O.G.P. no lo prevea expresamente, dicho Texto Legal regula el ejercicio de los derechos de los internos, concepto este último que incluye a todos los reclusos de un establecimiento penitenciario, ya sean detenidos, presos o penados¹⁰¹.

En base a la L.O.G.P. y al Reglamento Penitenciario, aprobado por R.D. 190/1996, de 9 de febrero, dictado en desarrollo y ejecución de la L.O.G.P. podemos distinguir cuatro modalidades de comunicación¹⁰² las cuales se hallan sometidas a distintos regímenes legales: las comunicaciones genéricas; las comunicaciones específicas con Abogados y Procuradores; las comunicaciones con Autoridades profesionales y las comunicaciones entre internos.

¹⁰¹ Fue la S.T.C. 141/1999, de 22 de julio, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, la que clarificó dicho extremo en su F.J. 6º.

¹⁰² Las S.S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre y 200/1997, de 24 de noviembre antes citadas se refirieron a las diversas clases de comunicación que el art. 51 de la L.O.G.P. contempla: “En cuanto al contenido de tal derecho, el artículo 51 LOGP citado diferencia varias modalidades de comunicación, que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidos a regímenes legales claramente diferenciados”.

1º) Comunicaciones genéricas.- Se trata de las comunicaciones a que el art. 51.1 L.O.G.P. se refiere, al autorizar a los internos a comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos internacionales e instituciones de corporación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial. El mismo precepto exige que dichas comunicaciones se celebren de modo que se respete al máximo la intimidad de los presos, si bien prevé que las mismas sean restringidas por razones de seguridad, interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Dentro de esta clase de comunicaciones de los internos con el exterior (familiares, amigos, etc.) podemos a su vez diferenciar entre:

a) Comunicaciones orales, que se hallan reguladas en los arts. 42 y siguientes del Reglamento¹⁰³.

¹⁰³ En cuanto a las comunicaciones orales, el art. 42 del Reglamento establece la forma en que deberán llevarse a cabo, mientras que el art. 43 en cuanto a las restricciones e intervenciones dispone lo siguiente: “1. Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382), las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos. 2. En los casos de intervención, los comunicantes que no vayan a expresarse en castellano o en la lengua cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, advertirán de ello con anterioridad al Director del centro, que adoptará las medidas oportunas para que la comunicación pueda intervenir adecuadamente”.

El art. 44 del Reglamento regula los supuestos de suspensión de las comunicaciones orales.

b) Comunicaciones escritas, cuya forma y extensión están previstas en el art. 46.1º y .4º del Reglamento¹⁰⁴.

c) Comunicaciones telefónicas, reguladas en el art. 51.4 L.O.G.P. y el art. 47.4 del Reglamento¹⁰⁵.

Cabe tener en consideración que el propio art. 51 L.O.G.P. en su apartado 5º prevé una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional en la adopción de la medida de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones de los internos, al contemplar que las comunicaciones orales y escritas puedan ser suspendidas o intervenidas por decisión motivada del Director del establecimiento penitenciario, dando cuenta a la Autoridad judicial competente, cuando así lo aconsejen razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

1º.1º).- Requisitos comunes de la intervención de las comunicaciones genéricas .- La jurisprudencia del T.C. ha realizado una intensa labor en orden a delimitar los requisitos que han de cumplir las resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones de los internos.

¹⁰⁴ El art. 46.1º prevé la intervención de las cartas y telegramas por las mismas razones que las comunicaciones orales, estableciéndose en su apartado 6º que las comunicaciones escritas entre los internos y sus Abogados defensores o Procuradores sólo podrán ser intervenidas en virtud de autorización judicial.

¹⁰⁵ El art. 51.4 de la L.O.G.P. prevé que “las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinan en el Reglamento”, y como regla especial de las comunicaciones telefónicas de los presos con el exterior en general (sin incluir las mantenidas con su Abogado o Procurador), el art. 47.4 del Reglamento dispone que se celebrarán en presencia de un funcionario.

Efectivamente, la S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre, ponente Exmo. Sr. García-Mon y González Regueral, sistematizó la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal sobre los presupuestos necesarios que deben concurrir en la adopción de tales medidas, disponiendo los siguientes: la persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la Ley; motivación de la medida; notificación al interesado; dación de cuenta a la Autoridad Judicial para que pueda ejercer un control sobre la misma; proporcionalidad en relación con el fin perseguido; y finalmente el límite temporal de la medida.

a) **Finalidad de la medida:** De conformidad con la doctrina jurisprudencial del T.C. respecto a la interpretación hermenéutica del art. 51.1 L.O.G.P., son tres las finalidades legalmente previstas de la medida: la seguridad, interés de tratamiento y el buen orden del Centro¹⁰⁶, si bien es importante matizar que la intervención de las comunicaciones de un recluso debe tener un carácter individualizado y excepcional y ha de constituir una respuesta a

¹⁰⁶ Así lo establecieron entre muchas otras, las S.S.T.C. 200/1997, 2ª, de 24 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer y la S.T.C. 192/2002, 2ª, de 28 de octubre, ponente Exmo. Sr. Gay Montalvo, en la que la pretensión del recurso de amparo era determinar si se produjo una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales del interno remitidas desde el exterior del Centro penitenciario, por considerar que el acuerdo de intervención carecía de motivación y asimismo no se determinaba la duración de la medida. El T.C., con cita de su doctrina jurisprudencial en materia del derecho al secreto de las comunicaciones de los internos (en su F.J. 5º), señaló que el art. 51 de la L.O.G.P. permite la intervención de las comunicaciones genéricas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, “configurándose tales supuestos como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno”. En el referido caso, el T.C. desestimó la demanda de amparo por considerar que no podían prosperar las alegaciones del demandante (perteneciente a la organización terrorista ETA) en base a los razonamientos ya dados en la S.T.C. 106/2001, de 23 de abril, en sus F.J., 7º, 8º y 9º.

peligros concretos que efectivamente puedan incidir en el buen orden y la seguridad del Establecimiento penitenciario¹⁰⁷.

b) **Motivación del acuerdo de intervención** .- La finalidad de este requisito no es otra que hacer posible el control de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, por lo que en el acuerdo de su adopción deben figurar todos los datos necesarios para llevar a cabo tal tarea¹⁰⁸.

¹⁰⁷ En este sentido, se pronunciaron las S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, tras poner de relieve el carácter excepcional en que debe entenderse la intervención de esta clase de comunicaciones según lo dispuesto en el propio art. 51 L.O.G.P., estableció que: “La intervención ha de ser, pues, estrictamente necesaria para la consecución de los fines que la justifican, lo que ha de plasmarse en la motivación del acuerdo de intervención”, así como la ya referida S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre, ponente Exmo. Sr. García-Mon y González Regueral.

¹⁰⁸ Así lo han sostenido entre otras, las S.S.T.C. 200/1997, de 24 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer (antes citada), en la cual la falta de motivación se configuraba como la principal queja por parte del recurrente, dicha resolución en su F.J. 4º dispuso que los datos que deben hacerse constar son “la especificación de cuál de las tres finalidades legalmente previstas - seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento- es la perseguida con la adopción de la medida y, en segundo lugar, la explicitación de las circunstancias concretas del caso y del recluso que explican la funcionalidad de dicha medida, es decir, las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada en orden a alcanzar la finalidad perseguida”.

Sin embargo, la misma Sentencia ya estableció que no es necesario que en el acuerdo de adopción de la medida consten detalladamente todos y cada uno de los datos inherentes al interno, sino que se pueden obviar aquellos que ya se deduzcan directamente del contexto en el que se adopta tal medida, concretamente señaló lo siguiente: “(...)debe tenerse presente que los referidos datos pueden completarse con los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto en el que se ha dictado el acuerdo. No se trata de exigir que las motivaciones contengan fórmulas rituales, ni que expliciten datos cuya obviedad excusa la reiteración”.

Asimismo véase, la S.T.C. 141/1999, de 22 de julio, 1a, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga, F.J.4º.

Conforme reiterada y pacífica jurisprudencia del T.C.¹⁰⁹, la exigencia de la motivación de la intervención de las comunicaciones no proviene únicamente del art. 51.5 L.O.G.P., sino del propio carácter limitativo de derechos fundamentales que tiene tal medida. Es de destacar la S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, Ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga, antes referida, la cual consideró que la motivación es un elemento imprescindible para la garantía de los derechos fundamentales de los reclusos¹¹⁰.

c) **Notificación al interesado** .- La notificación de la medida al interno afectado supone una garantía para el interno y en nada frustra la finalidad perseguida con la misma¹¹¹.

d) **Comunicación a la Autoridad Judicial** .- Este requisito se articula como una auténtica garantía para el interno toda vez que con dicha notificación se pretende que el control judicial de la

¹⁰⁹ Sobre la falta o insuficiencia de la motivación, la cual afecta a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho fundamental, S.S.T.C. 27/1989, 2a, de 3 de febrero, ponente Exmo. Sr. Latorre Segura; S.T.C. 8/1990, 1a, de 18 de enero, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra; S.T.C. 86/1995, 1a, de 6 de junio, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra; S.T.C. 128/1995, 2a, de 26 de julio, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer; S.T.C. 62/1996, 1a, de 15 de abril, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra así como las ya citadas S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre y S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre. Entre las más recientes S.T.C. 106/2001, 2a, de 23 de abril, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas, F.J. 6º.

¹¹⁰ Concretamente en su F.J. 5º dispuso que la motivación: "(...) constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario no se restringe de forma innecesaria, inadecuada o excesiva".

¹¹¹ En este sentido, S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre y S.T.C. 200/1997, 2a, de 24 de noviembre, F.F.J.J. 3º y 4º (antes citada), la cual dispuso: "la notificación de su adopción al interno en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial, a la vez de que supone una garantía para el interno afectado", así como S.T.C. 192/2002, 2ª, de 28 de octubre, ponente Exmo. Sr. Gay Montalvo, F.J. 5.c).

intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos, en su caso, procedentes¹¹². Es precisamente por ello por lo que la comunicación a la autoridad judicial competente debe ser inmediata con el objeto de que ésta ratifique, subsane o anule la decisión administrativa (S.T.C. 192/2002, 2ª, de 28 de octubre, antes citada).

Esta inmediata comunicación a la autoridad judicial competente a mi parecer es vital para ofrecer una adecuada protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los internos, derecho que no gozaría de la pertinente protección si el Órgano judicial se limitara simplemente a adoptar una actitud pasiva respecto de la medida administrativa acordada¹¹³.

Es por todo ello por lo que el art. 51.5 L.O.G.P. debe interpretarse en estrecha relación con los arts. 76.1 y .2 g) del citado Texto Legal¹¹⁴, según los cuales corresponde al Juez de

¹¹² Según el Alto Tribunal, rectamente entendida esta dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica, «no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado "a posteriori" mediante una resolución motivada» (S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre, F. J. 3º, de constante referencia).

¹¹³ Entendemos que dicha notificación a efectos de ratificación o no de la medida, cobra aún mayor importancia si se tiene en consideración que los internos pueden comunicarse con familiares, amigos, etc., a los que también afecta el mismo acto administrativo.

Sobre la protección que la autoridad judicial debe dispensar al derecho al secreto de las comunicaciones de los internos una vez adoptada la medida administrativa de la intervención de sus comunicaciones, S.S.T.C. 183/1984, de 20 de junio, F.J. 5º; S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, F.J. 3º; S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre, F. J. 3º; S.T.C. 200/1997, de 24 de noviembre, F.J. 4º; 141/1999, de 22 de julio, F.J. 5º; S.T.C. 188/1999, de 25 de octubre, F.J. 5º).

¹¹⁴ Los referidos preceptos de la L.O.G.P. son del tenor literal siguiente:

Vigilancia Penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena, y al mismo tiempo con el art. 106.1 C.E. conforme al cual también la Administración (en este caso Penitenciaria) está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación.

e) **Proporcionalidad** .- Conforme pacífica y consolidada jurisprudencia del T.C. el principio de proporcionalidad¹¹⁵, directamente relacionado con el requisito de motivación de la medida administrativa, tal y como ya hemos apuntado anteriormente, se descompone a su vez en tres juicios: el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y por último el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

f) **Límite temporal de la medida.**- A todos los presupuestos antes referidos, el T.C. ha añadido la necesidad de preestablecer un

Art. 76.1: “El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”.

Art. 76.2 g): “Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

¹¹⁵ Entre muchas otras, la relevante S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre, ya ampliamente comentada.

límite temporal a la medida de intervención¹¹⁶, esto es, se exige que al adoptarse la medida se determine su período de vigencia temporal, habiendo precisado el Alto Tribunal, que para ello no es estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización de la misma, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición o no de la circunstancia concreta que justifica su existencia¹¹⁷.

2º) Comunicaciones de los internos con el Abogado defensor y con el Procurador que le represente .-

Respecto al supuesto de intervención de comunicaciones mantenidas entre interno preso y su Abogado viene claramente delimitada en el art. 51.2 del referido Texto Legal¹¹⁸, el cual dispone

¹¹⁶ S.S.T.C. 128/1997, 2ª, de 14 de julio, ponente Exmo. Sr. Gabaldón López, F.J. 4º; S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre, ponente Exmo. Sr. García-Mon y González Regueras F.F.J.J. 3º y 4º; S.T.C. 200/1997, de 24 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Viver-Pi Sunyer, F.J. 3º; 188/1999, 2ª, de 25 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez, F.J. 5º; 175/2000, 2ª, de 26 de junio, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas, F.J. 3º.

¹¹⁷ S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, F.J. 4º; 175/1997, de 27 de octubre, F.J. 4º; 200/1997, de 24 de noviembre, F.J. 4º; 141/1999, de 22 de julio, F.J. 5º; A.T.C. 54/1999, de 8 de marzo.

¹¹⁸ Es importante tener en consideración que la garantía de no intervención de las comunicaciones entre interno y Abogado establecida en el art. 51.2 L.O.G.P. es de aplicación tanto a las comunicaciones orales como a las escritas por correspondencia. Así lo entendió S.T.C. 58/1998, 2ª, de 16 de marzo, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer, en cuyo F.J. 6º trataba la dificultad apuntada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en orden a evitar la utilización de la correspondencia entre internos y sus Abogados para asuntos ajenos a la defensa jurídica del interno. El T.C. concluyó que este riesgo es inherente a la propia naturaleza del derecho, y más concretamente al carácter formal de “secreto”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (S.T.C. 114/1984, F.J. 7º), no sin señalar que la Administración penitenciaria debe poner las medidas necesarias a fin de acreditar la condición de Abogado y trasladar toda sospecha al órgano judicial (piénsese en que no

que no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden judicial y en los supuestos de terrorismo¹¹⁹, lo cual es perfectamente comprensible por la especial relación entre cliente y Abogado, la cual se halla protegida en los arts. 24.2 C.E. párrafo segundo en relación con el art. 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 42.1 del R.D. 658/2001, de 22 de junio¹²⁰, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española¹²¹.

resulta tarea fácil determinar si el remitente de la correspondencia destinada al interno es efectivamente el Abogado defensor).

¹¹⁹ Cabe mencionar que el citado artículo no estuvo exento de polémica en orden a su interpretación hermenéutica. Inicialmente el T.C. sostenía que dicho precepto implicaba que ambos requisitos “orden de autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo” eran alternativos, de tal modo que la regla general era que se entendía que la intervención de las comunicaciones con Abogado requería de autorización judicial, mientras que en los casos de terrorismo únicamente era necesaria la decisión de la máxima Autoridad o Director del Establecimiento. Así lo sostenían la línea jurisprudencial representada por la S.T.C. 73/1983, de 30 de julio y en cuanto a la doctrina, RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., pág. 122.

Afortunadamente, el T.C. modificó totalmente su criterio, para sostener que resulta imposible interpretar el párrafo 2º del art. 51 de la L.O.G.P. en el sentido de considerar alternativas las condiciones expresadas, puesto que ello podría suponer afirmar la legitimidad constitucional de una intervención administrativa, lo cual resulta contrario a la protección del derecho de defensa en el proceso penal. Es paradigmática la S.T.C. 183/1994, 2a, de 20 de julio, ponente Excmo. Sr. Díaz Eimil, F.J. 5º, según la cual: “(.) derivar la legitimación de una intervención administrativa”, tratándose de las comunicaciones con el Abogado, “es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales”.

Esta nueva doctrina jurisprudencial relativa al doble requisito (conurrencia de un delito de terrorismo y autorización judicial previa motivada) a fin de que pueda acordarse judicialmente la intervención de las comunicaciones entre el interno y su Abogado, mucho más acorde con los postulados constitucionales, es la que se recogió en la propia Exposición de Motivos del Reglamento Penitenciario de 1996, así como en su art. 48.3.

¹²⁰ Los preceptos citados regulan el secreto profesional de los Abogados. Concretamente el art. 42. 1 del Estatuto General de la Abogacía establece entre las obligaciones del Abogado: “1. Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional”.

Asimismo es de destacar el art. 416.2 de la L.E.Crim. el cual dispensa al Abogado del procesado de prestar declaración si bien “tan sólo respecto de los hechos que éste le hubiere confiado en su calidad de defensor”. Por su parte el art. 437.2 L.O.P.J. establece que los Abogados deberán guardar secreto de todos

Esta previsión normativa encuentra su traducción en el art. 48.3 del Reglamento penitenciario que también prevé que la suspensión e intervención de esta clase de intervenciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.

Centrándonos nuevamente en el art. 51.2 L.O.G.P.¹²², es de mencionar que la redacción del mismo dio lugar a confusión en el sentido de si lo dispuesto en él resultaba o no de aplicación a todos los posibles medios de comunicación entre el interno y su Abogado, o bien si únicamente afectaba a las comunicaciones orales con ocasión de las visitas del Abogado al Centro penitenciario.

los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

¹²¹ Sobre la necesidad de autorización judicial previa para intervenir las comunicaciones mantenidas entre interno y letrado, se pronunció la S.T.S. 23.04.1997, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón, la cual desestimó dos recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la Asociación de Víctimas del Terrorismo que actuaba en ejercicio de la acción popular contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, sección 2a, de 04.03.1996, que absolvió al acusado del delito de colaboración con banda armada, en un caso en que el Director de un establecimiento penitenciario en base al art. 51.2 de la L.O.G.P. acordó intervenir las comunicaciones de varios internos (acusados de colaboración con banda armada) con sus Abogados defensores, conversaciones que no habían sido relacionadas expresamente en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, ya que dicho Tribunal consideró que dichas grabaciones se realizaron con vulneración del derecho fundamental al art. 18.3 C.E. La referida sentencia citaba la S.T.C. 183/1994, de 20 de junio, ponente Exmo. Sr. Díaz Eimil, la cual estableció que la no existencia de la autorización judicial preceptiva para intervenir las comunicaciones entre el interno y su Abogado defensor constituye una vulneración del derecho de defensa, de cuyo resultado no puede derivarse eficacia probatoria alguna.

¹²² El art. 51.2 L.O.G.P. es del tenor literal siguiente: “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

El T.C. zanjó dicha cuestión al expresar que el hecho de que en el referido precepto se aluda a un espacio adecuado para la celebración de contactos directos no ha de entenderse más que como especificación de las condiciones en que ha de celebrarse una de las posibles vías de comunicación¹²³, de tal modo que al no existir distinción alguna entre las clases de comunicación que pueden establecerse, las exigencias contenidas en el art. 51.2 L.O.G.P. deberán observarse también en las comunicaciones telefónicas.

La doctrina también se ha inclinado por entender que las comunicaciones telefónicas de los internos con sus representantes legales, a falta de un régimen especial, se hallan asimismo incluidas y por tanto, sujetas, a lo dispuesto en los artículos de constante referencia¹²⁴ (art. 51.2 L.O.G.P. y art. 48.3 del R.P.). Este criterio es además reforzado por la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H.¹²⁵ según la cual las telecomunicaciones entre un Abogado y sus clientes tienen naturaleza privilegiada, y en consecuencia, resultan de aplicación a las mismas las exigencias que el art. 51.2 L.O.G.P. establece para la correspondencia entre ambos sujetos.

¹²³ En este sentido, véase S.T.C. 58/1988, 2a, de 16 de marzo, ponente Exmo Sr. Gabaldón López, en su F.J. 7º.

¹²⁴ Es el caso de RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit. pág. 123, tras poner de relieve que el R.P. no prevé ningún régimen especial respecto de las conversaciones telefónicas.

¹²⁵ Veáanse S.S.T.E.D.H. de 06.09.1978 (caso Klass); de 02.08.1984 (caso Malone); de 24.04.1990 (caso Kruslin y asunto Huvig); de 30.07.1998 (asunto Valenzuela Contreras); de 25.03.1998 (asunto Koop) y de 24.08.1998 (caso Lambert).

3º) Comunicaciones con profesionales autorizados .- La normativa penitenciaria distingue entre las comunicaciones de los internos con el Defensor del Pueblo o sus adjuntos o delegados, o con instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, Autoridades judiciales y miembros del Ministerio Fiscal, las cuales no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo (art. 49. 2 del R.P.), de las comunicaciones del interno con Asistentes Sociales o Sacerdotes, que si podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente (art. 51.3 de la L.O.G.P.).

4º) Comunicaciones entre internos .- Respecto a esta clase de comunicaciones –que pueden ser escritas y telefónicas entre internos de distintos establecimientos penitenciarios-, cabe destacar que los arts. 46 en sus apartados 5º y 7º y 47.6 del R.P.¹²⁶ prevén respectivamente su posible intervención mediante

¹²⁶ Los referidos preceptos del Reglamento Penitenciario son del tenor literal siguiente, art. 46.5º R.P.: “En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados. Cuando el idioma utilizado no pueda ser traducido en el establecimiento, se remitirá el escrito al centro directivo para su traducción y curso posterior”.

El art. 46.7º R.P.: “La correspondencia entre los internos de distintos centros penitenciarios podrá ser intervenida mediante resolución motivada del Director y se cursará a través de la Dirección del establecimiento de origen. Efectuada dicha intervención se notificará al interno y se pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia. Estas intervenciones se limitarán exclusivamente a la correspondencia entre internos sin que afecte al resto de las comunicaciones escritas”.

El art. 47.6º relativo a las comunicaciones telefónicas remite para su intervención al art. 46.7º: “Las comunicaciones telefónicas entre internos de distintos establecimientos podrán ser intervenidas mediante resolución motivada del Director en la forma y con los efectos previstos en la norma 7ª del artículo 46”.

resolución motivada del Director del Centro, la cual debe ser notificada al interno así como al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Ahora bien, el hecho de que razones de seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario se autorice una intervención de la correspondencia o de las comunicaciones telefónicas, ello no significa que dicha intervención sea automática ni que pueda prescindirse para su práctica de las formas y garantías que la propia normativa reguladora prevé. Precisamente en este sentido, se ha pronunciado en numerosas ocasiones el T.C., en sus S.S.T.C. 128/1997, 2ª, de 14 de julio, ponente Exmo. Sr. Gabaldón López, y 175/1997, 2ª, de 27 de octubre, ponente Exmo. Sr. Fernando García-Mon y González Regueras¹²⁷.

Es de destacar la reciente S.T.C. 169/2003, de 29 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez, la cual examinó un recurso de amparo interpuesto por un interno contra una resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valencia, desestimatorio del recurso interpuesto contra el Acuerdo de la

¹²⁷ La referida S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre, ponente Exmo. Sr. Fernando García-Mon y González Regueras, es clara al establecer en su F.J. 4º los requisitos que deben contener las resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones entre internos: “Las Resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones no sólo han de cumplir los preceptos legales citados, y por tanto el de la motivación prevista en el art. 51.5 de la LOGP, sino, en cuanto medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental, los presupuestos y requisitos exigibles según nuestra reiterada doctrina y que hemos sistematizado de forma genérica en la STC 207/1996 (RTC 1996\207) y, con relación al tema que nos ocupa, recientemente en la S.T.C. 128/1997. Resumidamente tales presupuestos son la persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la Ley; que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del centro especialmente motivada, y notificada al interesado, y que sea comunicada al Juez para que éste pueda ejercer el control sobre la misma. Asimismo la intervención ha de ser idónea necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido”.

Comisión disciplinaria del Centro Penitenciario de Valencia, por el que se imponía al demandante en amparo (el interno), la sanción consistente en la privación de permisos de salida durante el fin de semana.

La referida sanción obedecía al contenido de una carta enviada a otro interno que fue interceptada por un funcionario en la cual se contenían diversos calificativos despectivos respecto de un determinado personal del Centro donde estaba preso. El criterio del Director del Centro Penitenciario era que tales comunicaciones entre presos, no están previstas en el Reglamento Penitenciario, por lo que es posible su intervención con carácter general.

El Alto Tribunal consideró que la decisión del Director del Centro, carente de toda motivación, que afecta a la generalidad de los reclusos presentes y futuros y que tiene carácter atemporal, venía a establecer una suerte de suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones al margen del art. 55.2 C.E., en consecuencia, concluyó estimando el recurso declarando la vulneración de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

4.2) Las personas jurídicas.

En nuestra C.E. no existe ningún precepto similar al del art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas

nacionales en tanto en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas”. Ha sido la jurisprudencia del T.C. la que ha ido delimitando qué derechos fundamentales podían ser reconocidos a las personas jurídicas¹²⁸, y así entre otras, la S.T.C. 64/1988, de 12 de abril, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, en su F.J. 1º estableció: “la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado (...) siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”¹²⁹.

¹²⁸ Así por ejemplo, el T.C. ha reconocido expresamente que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, S.S.T.C. 139/1995, de 26 de septiembre, F.J. 5º, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, la cual declaró que “el significado del derecho al honor, ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”, razonamiento que es reiterado en su sentencia nº 183/1995, de 11 de diciembre, F.J. 2º, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra así como del derecho a la tutela judicial efectiva -S.T.C. 241/1992, de 21 de diciembre, ponente Exmo. Sr. López Guerra-, el cual se halla reconocido tanto a las personas jurídicas privadas como a las públicas.

Sobre el efectivo reconocimiento a las personas jurídicas de Derecho Público, cabe tener presente que las mismas pueden ser titulares del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 C.E. cuando el Ordenamiento jurídico les reconoce capacidad para ser parte en los procesos, postura que ha sido sostenida por numerosas sentencias, entre las que cabe citar, las S.S.T.C. 64/1988, 12 abril, F.J. 1º; S.T.C. 91/1995, de 19 de junio, F.J. 2º, ponente Exmo. D. Viver Pi-Sunyer; S.T.C. 123/1996, de 8 de julio, F.J. 3º, ponente Exmo. D. Vives Antón; S.T.C. 211/1996, de 17 de diciembre, F.J. 4º, ponente Exmo. D. Rodríguez Bereijo; S.T.C. 237/2000, de 1 de octubre, F.J. 2, ponente Exmo. D. Jiménez Sánchez y S.T.C. 175/2001, de 26 de julio, F.J. 8º, ponente Exmo. Dña. Casas Baamonde.

¹²⁹ Tal y como apunta MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 73, no puede confundirse la titularidad de los derechos fundamentales con la cuestión de la legitimación para recurrir en amparo prevista en el art. 162.1. b) C.E. conforme al cual las personas jurídicas estarían legitimadas para ello, siempre que invocasen un interés legítimo. En el mismo sentido, vid. también RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit. pág. 165.

En este sentido es preciso tener presente que el ámbito de protección del art. 24.1 C.E. que puede ofrecerse a las personas jurídicas públicas en la vía del amparo constitucional difiere en gran medida según las mismas actúen en ejercicio de intereses legítimos, entendiendo como tales aquellos que derivan de su actividad no administrativa o pública, serían los supuestos en que las entidades públicas reaccionan frente actos de terceros a los que no pueden imponer su voluntad por carecer frente a ellos de un poder exorbitante, no

Por tanto, partiendo de la referida doctrina jurisprudencial podemos afirmar que las personas jurídicas de derecho privado -así como de Derecho Público como más adelante veremos- únicamente tienen reconocidos aquellos derechos que por su naturaleza sólo pueden serle atribuidos¹³⁰. En consecuencia, procede analizar si la naturaleza del derecho al secreto de las comunicaciones permite que sea ejercitado por personas jurídicas.

La jurisprudencia del T.S. ha sostenido de forma pacífica y unánime (entre otras S.S.T.S., 2ª, de 31.10.1994, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, F.J. 11º; de 20.02.1995, del mismo Ponente que la anterior, F.J. 8º, y de 22.04.1998, ponente Exmo. D. Montero Fernández-Cid, F.J. 2º) que la investigación podrá incidir tanto respecto de personas físicas como jurídicas, al igual que la doctrina del T.E.D.H., la cual en su sentencia de fecha

existiendo en tales casos ningún impedimento u obstáculo para que les sea reconocido el derecho del art. 24.1 C.E. en toda su plenitud y extensión (S.S.T.C. 64/1988, de 12 de abril, F.J.1º, antes citada; A.T.C., 187/2000 de 24 de julio, F.J. 3º, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas y S.T.C. 175/2001, de 26 de julio, F.J. 8º, también referida anteriormente), o bien cuando las entidades públicas actúan en defensa de sus actos dictados en el ejercicio de sus potestades administrativas.

En este último supuesto, en que la actuación judicial previa al amparo ha sido consecuencia de la reacción del particular frente al acto dictado por una Administración Pública en ejercicio de sus potestades exorbitantes, el ámbito de protección del art. 24.1 C.E. es bastante más reducido, limitándose básicamente a los derechos o garantías procesales establecidos en el art. 24.1. C.E. para evitar que sufran indefensión. Así lo han sostenido entre muchas otras, las S.S.T.C. 123/1996, de 8 de julio, F.J. 3º, ponente Exmo. Sr. Vives Antón; S.T.C. 237/2000, de 16 de octubre, F.J. 2, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez y S.T.C. 56/2002, de 11 de marzo, F.J.3º, ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio.

Sobre esta distinción en orden al ámbito de protección del art. 24.1 C.E. se han manifestado de forma clara e inequívoca las S.S.T.C. 173/2002, 2ª, de 9 de octubre, ponente Exmo. Sr. Cachón Villar, en su F.J. 4º. y S.T.C. 175/2001, de 26 de julio, ponente Exmo. Sra. Casas Baamonde en su F.J. 4º.

¹³⁰ Por todas, la ya citada S.T.C. 137/1985, de 17 de octubre, ponente Exmo. Sr. Pera Rodríguez.

25.03.1998, caso Koop, extendió este derecho a los locales profesionales, entre los que se encuentran los despachos de abogados, si bien con ciertas matizaciones¹³¹.

Además el derecho al secreto de las comunicaciones también es reconocido a las personas jurídicas independientemente

¹³¹ El F.J. 1º de la referida S.T.E.D.H. dispuso expresamente: "Para el Tribunal, se deduce de su jurisprudencia que las llamadas telefónicas que proceden y las que tienen como destino los locales profesionales, como es el caso de un despacho de abogados, pueden encontrarse incluidas en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» contemplados en el artículo 8.1".

Sin embargo, cabe tener en consideración, el criterio sostenido por el T.S., según el cual debe ser la necesidad de hacer un juicio de ponderación entre el respeto del secreto profesional de los abogados, que en principio debe prevalecer, y el interés público, y que únicamente la gravedad de los hechos puede conllevar la posibilidad de intervenir las conversaciones telefónicas que se mantengan desde la terminal de un despacho de abogados. Más concretamente, la S.T.S., 2a, de 24.10.2001, precisó que el secreto profesional que ampara a los abogados puede llevar en circunstancias excepcionales a ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales, lo cual no supone, a mi modo de ver, que los despachos de abogados, como tales, estén protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones, sino que lo están en la medida que dichos despachos o bufetes profesionales dispongan de personalidad jurídica propia.

Para un análisis más profundo de esta materia, vid. RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 99 a 101. También cabe hacer referencia a LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ob.cit., págs. 199 y ss., según la cual el secreto profesional del Abogado impide que puedan acordarse medidas de injerencia en las comunicaciones de todo tipo que mantenga con su cliente, pero si a pesar de ello llegase a acordarse la práctica de tales medidas ilegítimas, la información obtenida carecería de utilidad a los fines del proceso. La citada autora considera que la normativa debería prever de forma expresa la exclusión de la posibilidad de intervenir las comunicaciones del Abogado defensor con los fines de averiguación establecidos en la L.E.Crim. Además hay que tener presente el art. 416 L.E.Crim. el cual impide al letrado prestar declaración respecto de todo aquello que le haya confiado su cliente.

¹³¹ MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 74.

Vid. también A.T.C. 257/1985, de 17 de abril, Sala 1a, sección 2ª, F.J. 2º según el cual: "El derecho a la intimidad se refiere a la vida privada de las personas individuales, sin que, en principio, las personas jurídicas puedan ser titulares del mismo, y sin que ello, quiera decir que la reserva acerca de las actividades de las personas jurídicas quede sin protección, pues dicha protección se podrá dispensar, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente consagrada, a través de la correspondiente regulación legal".

de su vínculo de nacionalidad, tal y como sostiene MARTÍN MORALES¹³²: “La garantía del art. 18.3 C.E., por otra parte, se extiende también a las personas jurídicas extranjeras, siempre que éstas se ajusten a las prescripciones del derecho español”.

Resulta interesante poner de relieve que el reconocimiento del derecho al secreto de las comunicaciones a las personas jurídicas por parte de la jurisprudencia contrasta frontalmente con el hecho que no les sea reconocido el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.)¹³³. Ello ha conllevado que la doctrina científica haya sostenido criterios opuestos sobre este particular. En este sentido, RODRIGUEZ RUIZ¹³⁴ muestra su disconformidad con el criterio mantenido por el T.C. al afirmar que: “Pues si el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es sino un aspecto del derecho a la intimidad, como bien asume el Tribunal, mal se comprende que las personas jurídicas puedan ser titulares del primero pero no del segundo”¹³⁵.

¹³² RODRIGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., págs. 166 y 167.

¹³³ Dicho criterio puede contrastarse con el de MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 74 y 75.

¹³⁴ En cuanto al reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas cabe citar la importante S.T.C. 137/1985, de 17 de octubre, 2a, ponente Excmo. Sr. Pera Rodríguez, la cual en su F.J. 3º dispuso lo siguiente: “(...) nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C.E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas”, así como la más reciente S.T.C. 22/2003, de 10 de febrero, 2a, ponente Excmo Sr. Delgado Barrio.

¹³⁵ Efectivamente el art. 31.1 del C.P. de 1995, según la redacción dada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, establece que:”1. El que actúe como

Respecto a la relación existente entre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) y el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) será objeto de análisis en el apartado del bien jurídico protegido.

Centrándonos nuevamente en el derecho garantizado en el art. 18.3 C.E., a mi entender es ciertamente lógico que se reconozca el derecho al secreto de las comunicaciones a las personas jurídicas de derecho privado, puesto que afirmar lo contrario, considero que carecería de sentido, ya que podrían darse situaciones absurdas o cuanto menos ilógicas, en las que no fuere posible intervenir las comunicaciones telefónicas propias de una persona jurídica en el curso de una investigación criminal.

A mi parecer en un sistema democrático y de Derecho debe ser posible, si se reúnen todos los requisitos necesarios para ello, acordar la injerencia en las comunicaciones telefónicas de una persona jurídica, a pesar de que en nuestro Derecho Penal vigente no exista una responsabilidad criminal en sentido estricto de las personas jurídicas¹³⁶.

Mayor problemática plantea dilucidar si las personas jurídicas de Derecho Público son o no titulares del derecho

administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre “.

reconocido en el art. 18.3 C.E.¹³⁷ toda vez que tal y como señala la doctrina científica, los derechos fundamentales se conciben tradicionalmente como derechos del individuo frente a los poderes públicos, o dicho de otro modo que los poderes públicos son sujetos pasivos de los derechos fundamentales, por lo que en principio parecería un contrasentido concederles o reconocerles la titularidad de los mismos.

Precisamente en este sentido, se han pronunciado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹³⁸ y RODRÍGUEZ RUIZ, si bien a la vista de la doctrina establecida por la línea jurisprudencial representada por la relevante S.T.C. 64/1988, de 12 de abril, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, reconocieron la posibilidad de que las personas jurídicas de Derecho Público sean titulares del derecho al secreto de las comunicaciones “cuando recaben para sí ámbitos de libertad”.

¹³⁷ Tal y como ya hemos comentado anteriormente (vid. notas 127 y 128) el T.C. ha reconocido ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Público el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), entre otras S.S.T.C. 4/1982, de 8 de febrero y 19/1983, de 14 de marzo, e incluso se lo ha reconocido al Estado Central cuando actúa en ejercicio de sus poderes públicos en la importante S.T.C. 64/1988, de 12 de abril, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León.

Además cabe tener presente la importante línea jurisprudencial representada por la S.T.C. 137/1985, de 17 de octubre, ponente Exmo. Sr. Pera Rodríguez, la cual reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones tanto a las personas físicas como jurídicas, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área constitucional.

¹³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 93 y RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., pág. 170, la cual realiza un interesante análisis de la cuestión, estableciendo finalmente de forma clara: “Eventualmente, también podrán las personas jurídico-públicas ser titulares del derecho a la intimidad. Lo serán, en todo caso, del derecho al secreto de las comunicaciones. Pues bien puede presumirse que, efectivamente, la persona cuyas comunicaciones son interceptadas se sitúa frente al poder público interceptador en una posición de independencia y subordinación”.

Efectivamente, el Alto Tribunal en la referida resolución, tras hacer referencia a la ya comentada S.T.C. 137/1985, de 17 de octubre, la cual reconoció la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado en lo que concierne al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.), y con carácter general siempre que se trate de derechos que puedan ser ejercidos por esa clase de personas, consideró, acertadamente a mi modo de ver, que: “A la misma conclusión puede llegarse en lo que concierne a las personas jurídicas de Derecho Público, siempre que recaben para sí ámbitos de libertad, de los que deban disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos”. (F.J. 1º), por lo que dicha problemática quedó resuelta.

5) La relevancia del consentimiento .-

Antes de analizar cuál es el bien jurídico constitucionalmente protegido por el derecho reconocido en el art. 18.3 C.E., procede hacer mención al importante papel que puede tener el consentimiento del titular del referido derecho.

Atendida la especial protección que nuestra C.E. atribuye a los derechos fundamentales, el consentimiento deberá otorgarlo el titular del derecho del art. 18.3 C.E. de modo expreso -en ningún caso puede presumirse-, y además deberá ser interpretado de forma restrictiva, de tal modo que consentir respecto de una forma de comunicación no faculta para interceptar cualquiera de ellas.

Por otro lado, y como es evidente, si el proceso comunicativo tuviera lugar entre varias personas, sería necesario el consentimiento de todas y cada una de ellas¹³⁹.

Así por ejemplo, tal y como señala MARTÍN MORALES¹⁴⁰, cuando una persona se ve amenazada por un tercero y solicita a su Compañía Telefónica la intervención de su línea, la Compañía Telefónica únicamente podrá intervenir la línea previa resolución judicial toda vez que sólo una de las partes de la comunicación ha prestado su consentimiento. Precisamente sobre esta materia fue especialmente clara la S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo, Sala 2º, ponente Exma. Sra. Pérez Vera, la cual en su F.J. 3º recogió el criterio de la S.T.C. 123/2002, en los siguientes términos:

“De este modo la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (STC 123/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 123], F. 5)”¹⁴¹.

¹³⁹ Respecto de la doctrina penal existente en materia del consentimiento y las causas de justificación respecto del art. 197 del Código Penal en el que se tipifica la conducta de la interceptación de las comunicaciones, vid. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, págs. 460 y 461.

¹⁴⁰ MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 82 a 84. Según dicho autor en caso de solicitud de intervención de una línea telefónica por parte de un usuario sería necesario examinar las circunstancias concurrentes, las cuales deberían justificar la necesidad y utilidad de la medida.

¹⁴¹ La S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo, continúa citando la S.T.C. 123/2002: “Decíamos también en la citada STC 123/2002, que la aplicación de la doctrina expuesta conducía a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la Policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE”.

Asimismo cabe citar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14.03.2005, sección 8ª, ponente Ilmo. Sr. Orti Ponte, la cual consideró que no se había vulnerado el derecho reconocido en el art. 18.3 C.E. en base a la doctrina jurisprudencial sentada por la ya comentada S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, al concluir que:

“De acuerdo con todo lo expuesto en el caso presente, no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, porque es uno de los interlocutores, en la comunicación telefónica, quien autoriza la entrada en la comunicación a terceros en este caso a los Mossos d'Esquadra”.

La situación anteriormente expuesta difiere de la protección civil del derecho a la intimidad por virtud de la L.O. 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual ha sido criticada en parte por la doctrina, por cuanto la misma en su art. 1.3 prevé como rasgos característicos de la intimidad su irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, mientras que seguidamente en su art. 2.2 se contempla la posibilidad de revocar el derecho, al establecer que: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido (...) cuando el titular del derecho hubiese otorgado su consentimiento expreso”. Un sector doctrinal considera que la renuncia a la protección del derecho a la intimidad ofrecida por la Ley 1/1982 debe ser entendida como una autodelimitación del contenido del referido derecho¹⁴².

¹⁴² Este es precisamente el caso de MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit. pág. 82, el cual en orden a la interpretación hermenéutica de los arts. 1.3, 2.2., 2.3 y 3 de la L.O. 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen sostiene que: “(...) en la propia Ley ya se constata

III. BREVE ANÁLISIS DEL DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO .-

Ante todo hay que tener en consideración que el derecho al secreto de las comunicaciones tiene como referente el derecho a la intimidad, y éste al mismo tiempo tiene una conexión directa con el principio fundamental de la libertad inherente a todo Estado social democrático y de Derecho. Por lo tanto, a la hora de analizar cuál es el bien jurídico protegido por el derecho consagrado en el art. 18.3 C.E. nos encontramos frente a la dificultad que previamente hay que ver qué se entiende por intimidad y por libertad, nociones o conceptos que se caracterizan por su imprecisión¹⁴³. Sin ánimo de realizar un análisis profundo del concepto de intimidad, la misma puede ser definida como el derecho a controlar o

un distanciamiento entre este artículo 1.3 y los artículos 2.2, 2.3 y 3, que es necesario interpretar en el sentido de entender la renuncia del derecho a la intimidad como una autodelimitación del contenido del referido derecho, es decir, de la mano de artículo 2.1. de la L.O. 1/1982”.

¹⁴³ Respecto de la conexión existente entre los arts. 18.1 y 18.3 de la C.E. es muy interesante el estudio comparativo realizado por MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 82.

Además conviene destacar que la L.O. 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen no define en qué consiste el derecho a la intimidad si bien describe en qué consisten las acciones que pueden considerarse ataques o intromisiones a este derecho. Por su parte, MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 242, al analizar el bien jurídico protegido en los delitos tipificados en los arts. 197 a 201 C.P. (Capítulo I del Título X), comparte la misma idea al establecer respecto al derecho a la intimidad que además de configurarse como un derecho constitucional éste: “(...) se configura como uno de los derechos de la personalidad en este más sùtiles y más difíciles de delimitar y proteger por el Derecho Penal”. Y posteriormente (pág. 247) añade respecto al art. 197 C.P. que “la intimidad va referida en este caso a las comunicaciones personales”.

autodeterminar por parte del sujeto titular de la misma sus zonas de secreto o también denominadas de retiro, o incluso el derecho a ser dejado en paz¹⁴⁴.

No resulta tarea fácil delimitar el contenido material del derecho a la intimidad¹⁴⁵. Sobre el concepto de intimidad, resultan muy interesantes las matizaciones que apunta MORALES PRATS¹⁴⁶, en el sentido de que el concepto anglosajón tradicional de “privacy”, ha evolucionado de tal modo que pueden distinguirse dos vertientes en el propio derecho: una inicial, enmarcada en la esfera de la libertad negativa, en el que la “privacy” se configura como el derecho a estar solo (“*To be let alone*”¹⁴⁷), esto es, dotada de un contenido negativo de exclusión, como garantía y defensa de la esfera de la vida privada frente a las injerencias externas¹⁴⁸; y una

¹⁴⁴ Es reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial del T.C. que ha definido el derecho a la intimidad en parecidos términos. Entre las más recientes, S.T.C. 233/2005, 2a, de 26 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez (F.J. 4º) con cita de la S.T.C. 70/2002, 1a, de 3 de abril, ponente Exmo. Sr. Garrido Falla; S.T.C. 25/2005, 1a, de 14 de febrero, ponente Exmo. Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, F.J. 6º, con cita de la línea jurisprudencial representada por la S.T.C. 231/1988, 2a, de 2 de diciembre, ponente Exmo. Sr. López Guerra.

¹⁴⁵ Así lo sostienen, entre muchos autores, REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 451, así como MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, ob.cit. pág. 242 al afirmar de forma clara que: “El derecho a la intimidad se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger por el Derecho Penal”.

¹⁴⁶ MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, ed. Destino, Barcelona, 1984, págs. 15 y ss, el cual realiza un profundo análisis del origen del concepto tradicional de intimidad surgido a finales del siglo XIX en el ámbito jurídico anglosajón como consecuencia de un aumento de las formas de intrusión en la vida privada de las personas por parte de los medios de comunicación.

¹⁴⁷ Esta primera teoría de la privacy fue acuñada por los juristas de Boston, Warren y Brandeis en 1890 titulada el *right to privacy*.

¹⁴⁸ Constituye un claro reflejo de esta primera concepción de la intimidad, la S.T.C., 2ª, 22/1984, de 17 de febrero, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, en cuyo F.J. 3º establece que todos los derechos consagrados en el art.

segunda etapa, que es la actual, en la que *privacy* se concibe como una libertad positiva para ejercer un derecho de control sobre la información y los datos referidos a la propia persona, incluso los ya conocidos, esto es, que han salido ya de la esfera de la intimidad, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular¹⁴⁹.

La jurisprudencia del T.S. ha puesto de relieve en más de una ocasión esta conexión entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Así por ejemplo, en su S.T.S., 2ª, de 20.12.1996, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto, el Alto Tribunal declaró en su F.J. 5º que “(...) el secreto de las comunicaciones que en sede constitucional se trata de garantizar no es sino una manifestación, y muy cualificada, del derecho a la intimidad personal y familiar” o bien en su S.T.S., 2ª, de 20.02.1999, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín, en la cual indicó que la tutela del secreto de las comunicaciones tiene como finalidad

18 de la C.E.- esto es, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, así como el secreto a las comunicaciones “forman el bloque de lo que en conjunto es conocido en ámbito jurídico bajo la denominación genérica de derechos de la personalidad, en los que el eje básico sobre el que se proyectan las consecuencias de su ejercicio es la persona humana como tal, el respeto a su dignidad innata, **a su independencia e intimidad de forma que este es el bien jurídico objeto de protección mediante su consagración en el texto constitucional**”.(negrilla mía).

¹⁴⁹ GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución Española*, ed. Civitas, 3ª edición, 2001, Madrid, pág. 415, al definir el concepto de intimidad personal cita a ALBADALEJO, M. Derecho Civil, según el cual aquélla puede entenderse como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de dar la publicidad que no desee el interesado, extendiéndose tal derecho al conocimiento de datos sobre la persona, sobre su propio cuerpo y sobre las personas relacionadas con ella con un vínculo familiar. Asimismo MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, ob.cit. pág. 243, también desarrolla este doble aspecto del derecho a la intimidad.

principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida personal y familiar (F.J. 2º).

Asimismo la S.T.C. 34/1996, de 11 de marzo, 2ª, ponente Exmo. Sr. Mendizábal Allende, en su F.J. 4º subrayó que el derecho al secreto de las comunicaciones guarda una estrecha conexión o parentesco con el derecho a la intimidad, por considerar que es una manifestación de este último, añadiendo respecto al secreto de las comunicaciones que: **“Este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva”**, y concluyendo en base a doctrina constitucional lo siguiente: **“(…)se pretende garantizar así la «impenetrabilidad de la comunicación» por terceros con eficacia erga omnes, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la «dimensión material del secreto», lo que se transmite (STC 114/1984)”** (negrilla mía).

La doctrina ha realizado una importante labor en la delimitación de los ámbitos de protección del derecho a la intimidad y del derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido, resultan especialmente claras las consideraciones que realiza RODRIGUEZ RUIZ¹⁵⁰, al afirmar que se trata de dos

¹⁵⁰ RODRIGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., pág. 23. Según dicha autora, ambos derechos fundamentales son autónomos si bien el derecho a la intimidad se configura como un telón de fondo en el que se destacan ciertos sub-derechos (secreto de las comunicaciones), los cuales a pesar de definirse como propios o autónomos no lleguen a desvincularse nunca del derecho que existe como telón de fondo (la intimidad). Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág.154, afirma de forma

derechos autónomos que a pesar de estar relacionados no se confunden.

También es destacar la postura de LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ¹⁵¹ según el cual “no puede decirse que el derecho del secreto de las comunicaciones privadas del art. 18.3 CE sea una especie o una concreción del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E.”.

La doctrina mayoritaria¹⁵² sostiene que el criterio para distinguir ambos derechos (arts. 18.1 y 18.3 C.E.) es que mientras que la intimidad es un concepto de carácter material mediante el cual el ordenamiento designa el área o espacio que cada individuo reserva para sí, el derecho al secreto de las comunicaciones privadas posee un contenido rigurosamente formal. Tal y como expresamente dispone LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁵³ “no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni

clara en relación con ambos derechos que “(...) en realidad se trata de dos distintos derechos no englobables en uno solo”.

¹⁵¹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 21 a 23, el citado autor va más allá y afirma de forma clara que: “**El objeto del derecho fundamental del art. 18.3 C.E. viene constituido por el bien jurídico del secreto de las comunicaciones privadas telefónicas**” (negrilla mía), toda vez que las comunicaciones públicas son tuteladas por el art. 20 de la C.E., al reconocer y proteger este precepto los derechos de libertad de expresión y de difusión de los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

¹⁵² Entre muchos otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág.154; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 22 y 23, conforme al cual se puede afirmar que el derecho a la intimidad posee un contenido material que se concreta en un poder de exclusión a determinadas personas de nuestros sentimientos u opiniones; RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs 26 y 27, así como todos los autores citados por el mismo.

¹⁵³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág.154.

tiene nada que ver esta protección con el hecho –jurídicamente indiferente– de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la *privacy*”.

Además considero especialmente clarificadora la postura de JIMÉNEZ CAMPO¹⁵⁴, el cual sostiene que todas las comunicaciones serán secretas, pero no necesariamente íntimas¹⁵⁵, lo cual en mi opinión sintetiza en gran medida la idea de que el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y el derecho al secreto de las comunicaciones privadas (art. 18.3 C.E.)¹⁵⁶ se hallan estrechamente vinculados si bien no siempre su ámbito de protección coincide.

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE¹⁵⁷ también considera que el derecho a la intimidad tiene algún parentesco con otros derechos protegidos en la misma norma (art. 18 C.E.) –como el derecho al honor y a la propia imagen o a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones– si bien no siempre coinciden.

¹⁵⁴ JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 35 y ss.

¹⁵⁵ El subrayado es mío.

¹⁵⁶ Las comunicaciones públicas se hallan tuteladas en el art. 20 de la C.E., al reconocer y proteger dicho precepto los derechos de libertad de expresión y de difusión de los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, ob.cit., págs. 242 y 243, relativas al análisis del Capítulo I del Título X (arts. 197 a 201) del Código Penal, en el que bajo la rúbrica “Del descubrimiento y revelación de secretos” se tipifican varios delitos, y entre ellos el art. 197 que sanciona la interceptación u observación de las comunicaciones telefónicas.

El T.C. en su importante S.T.C. 114/1984, de 22 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, ya estableció de forma clara que: **“el concepto de secreto en el art. 18.3 CE tiene un carácter formal**, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de la persona, lo íntimo o lo reservado, condición formal que se identifica siempre con una presunción ‘iuris et de iure’ de privacidad” (negrilla mía).

La referida Sentencia va más allá y afirma que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones **“(...)consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo, expreso, su secreto**, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas¹⁵⁸” (negrilla mía).

Además conviene señalar que la protección constitucional alcanza no sólo el contenido de lo comunicado, tanto si éste es o no íntimo, sino también el proceso comunicativo, tal y como declaró el

¹⁵⁸ Considero particularmente interesante la matización que apunta LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 23, en el sentido de que las medidas de intervención telefónica que en su caso puedan acordarse por la autoridad judicial en el curso de una proceso penal no inciden en la libertad material de las comunicaciones, toda vez que el Juez podrá ordenar la intervención u observación de las comunicaciones telefónicas al amparo del art. 18.3 C.E. y art. 579 L.E.Crim. pero no podrá impedir la comunicación telefónica en si misma. Por otro lado, conviene señalar que la libertad de comunicaciones, como bien jurídico autónomo, sí que puede ser objeto de importantes limitaciones, llegando incluso a disponerse su prohibición -piénsese por ejemplo en las comunicaciones entre internos en un Establecimiento penitenciario-.

T.E.D.H. en su sentencia de 02.08.1982 (caso Malone)¹⁵⁹ así como la citada S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre (F.J. 7º).

Dicha doctrina ha sido también reiterada entre muchas otras¹⁶⁰, en la S.T.C., 1ª, nº 70/2002, de 3 de abril, ponente Exmo. Sr. Garrido Falla, al declarar en su F.J. 9º que: “(...) la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación¹⁶¹. Además de la referida sentencia también se infiere una clara distinción entre el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, que

¹⁵⁹ Para un análisis más detallado de la S.T.E.D.H. de 02.08.1982 (caso Malone), RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 250-254.

¹⁶⁰ En el mismo sentido S.T.C. 34/1996, de 11 de marzo, 2a, ponente Exmo. Sr. Mendizábal Allende, F.J. 4º: “El concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal, hemos dicho, y abstracto en consecuencia, ya que «se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado». Por otra parte, cubre no sólo el mensaje sino también, en su caso, otros aspectos suyos y, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales”.

¹⁶¹ GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *La interpretación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, ed. Thomson Civitas, 2005, Navarra, pág. 347, respecto a la comentada S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, ponente Exmo. Sr. Garrido Falla, entiende que la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1. C.E.) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), efectuada por dicha resolución se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Ello considera que es así porque si conforme al art. 18.3 C.E. la intervención de las comunicaciones requiere siempre una resolución judicial, por contra no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial”, respecto a la intimidad personal.

cubriría el propio proceso comunicativo, y el del derecho a la intimidad, que alcanzaría el contenido de lo recibido.

Efectivamente en las indicadas resoluciones judiciales se estableció que el secreto de las comunicaciones telefónicas se extiende también a la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que sería ilícita, sin resolución judicial y demás garantías, la utilización de aparatos técnicos que, sin captar el contenido de lo comunicado, registren los números marcados en un determinado teléfono, así como la hora y la duración de la llamada, lo que se conoce como la técnica del recuento (*comptage* o *pen register*).

No hay que olvidar que el derecho al secreto de las comunicaciones no impone a las partes del proceso comunicativo un deber de reserva sobre el contenido de ésta, a diferencia del derecho a la intimidad que sí impone tal deber. Tal y como interpreta el T.C.¹⁶² la relación o conexión entre ambos derechos – reconocidos en los apartados 1º y 3º del art. 18 de la C.E.- el derecho a la intimidad únicamente impone dicho deber de reserva en la medida que lo comunicado incida o afecte a la esfera más íntima del sujeto participante de la comunicación.

A la vista de tal interpretación respecto de la conexión entre ambos derechos fundamentales, adquiere gran relevancia el papel que pueda tener el consentimiento de uno de los interlocutores en el proceso comunicativo. Diversas dificultades pueden surgir en aquellos casos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos

¹⁶² Un claro ejemplo de ello es la ya comentada S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, ponente Excmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, en su F.J. 7º.

consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación mientras que los otros lo ignoran. En tales casos cabe plantearse si el consentimiento de uno de los interlocutores actuaría o no como causa de justificación. Pues bien, tal cuestión no tiene una respuesta pacífica entre la doctrina, toda vez que hay un sector doctrinal que considera que en los supuestos de secretos compartidos, no es ilícita la conducta por virtud de la cual uno de los titulares del bien jurídico autoriza la grabación de la conversación, ni la posterior divulgación del secreto. Mientras, que otros autores entienden que el consentimiento de uno de los interlocutores para la grabación no justificaría el hecho de que posteriormente se divulgara a terceros dicha información¹⁶³.

Además procede indicar que si bien hasta ahora hemos analizado el bien jurídico protegido por el art. 18.3 C.E.,-concretado en el secreto de las telecomunicaciones privadas¹⁶⁴-también resulta necesario hacer referencia a cuál es el bien jurídico protegido por el art. 197 del Código Penal¹⁶⁵, precepto que

¹⁶³ Precisamente de este parecer es MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 248 así como REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 461, al señalar que el hecho de que en el curso de una conversación se hagan comentarios relativos a la intimidad de uno de los sujetos, no faculta a que uno de ellos lo grabe para su posterior divulgación a un tercero ni que autorice a un tercero para ello, criterio que comparto plenamente toda vez que únicamente el titular del bien jurídico es quien puede decidir difundir o no tal información.

¹⁶⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 24, no deja lugar a confusiones al concluir : “**El bien jurídico protegido es el secreto de las telecomunicaciones privadas, el cual presupone evidentemente la libertad de comunicación**” (negrilla mía).

¹⁶⁵ El apartado 1º del art. 197 C.P. es del tenor literal siguiente: “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo

sanciona, entre otras conductas, la interceptación u observación de las comunicaciones telefónicas.

Es doctrina pacífica y reiterada conforme a la cual el bien jurídico protegido por el art. 197 C.P. es la intimidad del sujeto pasivo. Así, cabe citar a REBOLLO VARGAS¹⁶⁶, al analizar el indicado precepto sostiene que: “(...) el bien jurídico protegido no es otro que el derecho a la intimidad del sujeto pasivo, por lo que la referencia al secreto deviene innecesaria y superflua”, añadiendo además que la interceptación de las telecomunicaciones debe interpretarse en sentido amplio, concretamente “Como cualquier conducta llevada a cabo por un tercero que tenga la finalidad de atentar contra la intimidad de alguien (...)”.

En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS¹⁶⁷ concluyen que el bien jurídico protegido por el art. 197

electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

Asimismo procede indicar que tal y como se desprende del tenor literal del art. 197.1 C.P. dicho precepto sanciona dos conductas distintas la interceptación de las comunicaciones y el apoderamiento documental o de efectos personales, las cuales tienen el mismo tratamiento penológico, lo cual ha conllevado severas críticas por parte de la doctrina, toda vez que la gravedad de las conductas no es la misma, siendo mucho más insidioso para el bien jurídico protegido –la intimidad– la utilización de artificios técnicos para interceptar las comunicaciones de la vida privada de una persona.

¹⁶⁶ REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ob.cit, págs. 456 a 458.

¹⁶⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS (Fermín): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición, ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 1.037.

C.P. es la intimidad proyectada en el ámbito de la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas.

En conclusión, todo ello ha llevado a la doctrina mayoritaria¹⁶⁸ a sostener que el bien jurídico protegido en el art. 18.3 C.E. es el secreto de las comunicaciones privadas, el cual presupone la libertad de comunicación.

IV. Requisitos para la licitud de la adopción de una medida de intervención telefónica .-

A la hora de analizar cuáles son los requisitos necesarios para la adopción válida de una medida de intervención telefónica, resulta imprescindible tener muy presente la distinción existente entre los requisitos de orden constitucional -tales como la existencia de una resolución judicial motivada, proporcional, específica y que sea adoptada en el seno de un procedimiento judicial, entre otros- y los de legalidad ordinaria -como la limitación temporal de la medida.

¹⁶⁸ Así, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 24, al afirmar que: “El bien jurídico protegido es el secreto de las telecomunicaciones privadas, el cual presupone evidentemente la libertad de comunicación”; RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., pág. 28, según el cual: “En conclusión, este derecho ampara al ciudadano contra todo tipo de intromisiones, por nimias que puedan parecer, en su libre comunicar con los demás; **porque el secreto de las comunicaciones, objeto de tutela específica en la norma constitucional, presupone la libertad de las mismas**” (negrilla mía); Asimismo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 94 afirma que: “El párrafo tercero del artículo 18 de la vigente Constitución española garantiza el secreto de las comunicaciones, lo que significa garantizar la libertad de comunicación, que es, en este caso, el objeto del presente derecho y el bien constitucionalmente protegido”.

Es pacífica y reiterada la doctrina jurisprudencial que distingue claramente entre estas dos clases de requisitos, y precisamente así se pronunció ya el importante A.T.S. de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo y posteriormente entre muchas otras, la S.T.S., 2ª, de 11.05.1998, ponente Exmo. Sr. Prego de Oliver y Tolivar y la S.T.S., 2ª, de 23.06.1999¹⁶⁹, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo, al considerar que las exigencias de limitación temporal y control judicial no son de carácter o relevancia constitucional sino de legalidad ordinaria.

Sentado lo anterior, pasemos ahora a analizar detenidamente cada uno de los requisitos necesarios que deben concurrir para que sea válida la intervención telefónica.

¹⁶⁹ La referida resolución, con cita de doctrina jurisprudencial anterior, concretó en su F.J. 2º cuáles son los requisitos de orden constitucional que deben observarse para que sea válida la medida de intervención telefónica: necesidad de resolución judicial; la cual debe estar motivada; debe ser proporcional; también específica y adoptada en el seno de un procedimiento judicial.

Dicha línea jurisprudencial ha sido posteriormente sostenida por numerosas resoluciones como la S.T.S. de 06.11.2000, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo, en su F.J. 3º; de 14.01.2002, 2a, ponente Exmo. Sr. Saavedra Ruiz y la S.T.S., 2a, 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer, la cual tras enumerar los requisitos del orden constitucional, dispuso que su no observancia conlleva la ilegitimidad de la medida de intervención telefónica por vulneración del art. 18.3 C.E. con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie conexión de antijuricidad, concretó cuáles son los requisitos de mera legalidad ordinaria o procesal: "(...) la aportación de las cintas originales íntegras al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes junto con la audición o lectura de las mismas en el juicio oral lo que le dota de los principios de oralidad o contradicción, salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma, bien entendido que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas en el Plenario". Entre las resoluciones del T.C., procede indicar la S.T.C. 14/2001, de 29 de enero y 138/2001, de 18 de junio, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. González Campos; S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre, y S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio, ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio.

1) Exclusividad jurisdiccional y procedimiento legalmente establecido .-

Es una exigencia constitucional indiscutida que la medida de intervención telefónica ha de ser acordada por el Juez¹⁷⁰ tal y como se desprende del tenor literal del art. 18.3 C.E. según el cual se garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial así como del art. 579.4 de la L.E.Crim. Y ello es así, toda vez que tal y como veremos más adelante, es el Juez quien tiene los indicios delictivos -relación entre la persona y el delito

¹⁷⁰ Sobre el principio de exclusividad jurisdiccional así como de la consideración por parte del T.C. de que la determinación de cuál es el órgano judicial competente para autorizar un determinado acto de injerencia en el secreto de las comunicaciones queda fuera del ámbito de protección del art. 24.2 C.E. relativo al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, vid. RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 50 a 55, así como la S.T.C. 171/1999, 2a, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer, que sigue la línea jurisprudencial representada por la importante S.T.C., Pleno, 49/1999, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón. Este criterio del T.C. es exactamente el seguido por el T.S. según el cual el derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente quedaría afectado en el caso de que el asunto se atribuyese a una jurisdicción especial y no a la jurisdicción ordinaria, en este sentido, S.T.S. de 11.05.1998, ponente Exmo. Sr. Prego de Oliver y Toliva. Sobre la problemática en orden a la competencia territorial del Órgano judicial que haya de acordar la medida de intervención telefónica con el objeto de evitar una nulidad de actuaciones por tratarse de actos producidos con manifiesta falta de competencia objetiva (art. 238.1 L.O.P.J.), veáse RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 50 a 65, según el cual, lo que resulta evidente es que una vez admitido que el Juzgado en funciones de Guardia puede autorizar una medida de intervención telefónica, resulta indispensable que posteriormente éste remita al órgano instructor el original de las actuaciones o al menos del Auto autorizando la intervención judicial, a fin de evitar los problemas que la falta de traslado conllevaría-piénsese a modo de ejemplo que al órgano instructor se le privase de conocer cuáles han sido los motivos para adoptar la intervención telefónica. En este sentido, S.S.T.S., 2a de 12.04.1997, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín y de 27.12.2001, ponente Exmo. Sr. Giménez García.

investigado- y a la vista de los mismos debe valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida.

Asimismo es reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial que establece como requisito indispensable que sea la Autoridad judicial quien adopte la autorización de la intervención telefónica. En este sentido se pronunciaron las S.S.T.S. de 11.04.1997 y de 22.07.1998, siendo en ambas ponente el Exmo. Sr. de Vega Ruiz, estableciendo esta última en su F.J. 4º que: “siempre será preciso que la intervención se ordene estando el Juez a presencia de una denuncia en el sentido de los artículos 259 y 269 de la LECrim, con objeto de comprobar el hecho denunciado si revistiere carácter de delito”¹⁷¹. Y entre las más recientes, cabe destacar la S.T.S, 2ª, de 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer así como la S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre, y la S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio, ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio.

Es de señalar la S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón, la cual además de establecer que es el Juez quien debe autorizar una medida de intervención telefónica, dispuso que la medida debe realizarse y ejecutarse bajo su control, y que la ausencia del Juez en el proceso de investigación sea en todo caso suplida por la figura del Ministerio Fiscal, disponiendo asimismo el particular afectado por la medida de la posibilidad de impugnarla cuando ésta seaalzada. (F.J. 6º).

¹⁷¹ De igual modo, la S.T.S. de 21.09.1998, Ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo manifestó claramente que lo relevante a efectos constitucionales es que la medida de intervención telefónica sea acordada por la autoridad judicial.

Esta doctrina fue reiterada por las S.S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas y S.T.C. 14/2001 de 29 de enero, ponente Exmo. Sr. González Campos y S.T.C. 17/2001, de 29 de enero, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez. Por su parte el T.S. también comparte el mismo criterio, entre muchas otras, S.T.S. de 19.01.2000, ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar.

Cuestión distinta es cuál ha de ser el trámite o cauce procedimental en que debe ser acordada la medida de intervención telefónica por la autoridad judicial, lo cual ha sido motivo de polémica tal y como apunta RODRÍGUEZ LAINZ¹⁷² tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

La principal discusión versaba fundamentalmente sobre la admisión o no del cauce procedimental de las Diligencias Indeterminadas¹⁷³ o también denominadas de Asuntos Indeterminados o varios, como vía o proceso adecuado para la autorización y ejecución de una medida de intervención telefónica.

¹⁷² RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 65 y ss.

¹⁷³ Tal y como establece RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit. pág. 102, la regulación de las diligencias indeterminadas se contiene en la Circular de la Inspección Central de Tribunales de 24.10.1977, la cual admitiría si bien no de un modo expreso si de forma implícita la utilización de este cauce procesal para expedir un mandamiento de registro de intervenciones telefónicas cuando no haya un procedimiento criminal en trámite.

Cabe destacar que la doctrina¹⁷⁴ ha sido más reacia que la jurisprudencia a la hora de admitir la validez del cauce de las Diligencias Indeterminadas. Así LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ¹⁷⁵, considera que es necesario que exista una instrucción penal previa, ya sea un sumario o bien unas diligencias previas, y en definitiva exista una instrucción formal previa, así como LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁷⁶ según el cual a fin de evitar escuchas predelictuales o de prospección, es necesario que previamente exista una causa penal en trámite y bastante avanzada, razón por la cual concluye que no son admisibles las intervenciones telefónicas acordadas en el marco de unas diligencias indeterminadas. Por contra, RODRÍGUEZ LAINZ¹⁷⁷, estima que si bien la adopción de la intervención telefónica en el trámite de unas diligencias indeterminadas no afecta a la validez del acto de injerencia, lo correcto sería hacer uso de unos de los dos procedimientos previstos expresamente en la L.E.Crim. a tal fin, esto es, las diligencias previas o bien los procedimientos sumarios.

¹⁷⁴ Otros autores que también se han mostrado contrarios a admitir la autorización de intervenciones telefónicas en el marco de las diligencias indeterminadas, han sido GIMENO SENDRA, Vicente y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, Tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1ª edición, 2000, págs. 412 y 413.

GARCÍA ARÁN, Mercedes y CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 2.494, son claros al disponer en estrecha relación con el importante Auto del T.S. de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo que: "(...) y a pesar de que la LECrim no lo prevea expresamente, para que se autorice la intervención de las comunicaciones *debe existir una investigación penal abierta y en curso sobre la existencia de tales indicios*".

¹⁷⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. pág. 83.

¹⁷⁶ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág. 185.

¹⁷⁷ RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 73 y 74.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha experimentado una marcada evolución desde principios de la década de los años 90 a la actualidad, en que ya se admite la posibilidad de su adopción al inicio de un procedimiento penal y en la que la tesis mayoritaria considera irrelevante el cauce procesal empleado siempre que se respeten los principios fundamentales de exclusividad jurisdiccional y control judicial ponderado de la medida de intervención telefónica.

Los primeros pronunciamientos del T.S. estimaban que no se podía acordar la interceptación de comunicaciones telefónicas en el ámbito procedimental de las diligencias indeterminadas sino en el marco de un proceso penal en curso, ya fuese en forma de diligencias previas o de sumario, según la entidad de los hechos que fuesen objeto de investigación (S.S.T.S., 2ª, de 25.06.1993, y de 25.03.1994, ambas del mismo ponente Exmo. Sr. Martín Pallín).¹⁷⁸

Posteriormente la jurisprudencia de los más Altos Tribunales de nuestro ordenamiento jurídico experimentó un cambio notorio, al disponer que no es relevante a efectos de validez de la intervención telefónica, la denominación procesal bajo la que se

¹⁷⁸ Las citadas resoluciones consideraban que las Diligencias Indeterminadas, que pueden constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de Instrucción siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los libros de asientos ordinarios o generales, y que en definitiva sirven para dejar constancia fehaciente de una actuación judicial, no pueden ser el marco en que se adopte una intervención telefónica, puesto que ésta no es una mera diligencia burocrática que puede solventarse con un número registro en el libro de asuntos indeterminados. Por contra, exigían que la autorización de intervención telefónica se produjese en el ámbito de un verdadero procedimiento criminal -ya sea sumario o diligencias previas-.

tramitasen las actuaciones, ya fuese un sumario ordinario, un procedimiento abreviado, unas diligencias indeterminadas o unas diligencias previas, ya que lo importante es que todos estos procedimientos están sujetos al control del órgano jurisdiccional, por lo que no se causa indefensión alguna¹⁷⁹, admitiendo incluso

¹⁷⁹ En este sentido, cabe citar entre los pronunciamientos del T.S., el anteriormente comentado caso Naseiro, Auto de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, el cual fue muy claro al disponer que: “(...) **la forma que adopten las diligencias no afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control**” (negrilla nuestra), es por todo ello por lo que concluyó que ha de interpretarse en sentido amplio el término “causa”, toda vez que lo que importa es su contenido y no su nombre. Asimismo, las S.S.T.S., 2ª, de 11.10.1994, ponente Exmo. Sr. que dispuso expresamente: “que no afecta a la corrección de la intervención la forma que adopten las diligencias “judiciales” (pero siempre judiciales, Sentencia de 25 junio 1993 [RJ 1993\5244]) si de alguna manera responden a un cauce procesal adecuado a su control, por lo que el término “causa” ha de entenderse en su sentido amplio» (Sentencias de 5 y 15 julio 1993 [RJ 1993\5875 y RJ 1993\6086]). En el mismo sentido, S.T.S., 2ª, de 26.09.1995, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín, la cual en su F.J. 3º, hace referencia a que existe una reciente línea jurisprudencial que ha suavizado el requisito del procedimiento penal en que debe acordarse una medida de intervención telefónica, en aquellos casos que existan razones apremiantes que fuerzan su utilización, ya que lo esencial es que exista una motivación suficiente que justifique la medida y que sea adoptada por el Juez competente, si bien en el caso enjuiciado estimó que la intervención telefónica no se realizó con las debidas garantías; en el mismo sentido, S.S.T.S., 2ª, de 20.01.1998, ponente Exmo. Sr. Martín Canivell; de 21.09.1998, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo, la cual dispuso que incluso es intrascendente a efectos de legalidad constitucional la ausencia de auto de incoación, en base a la doctrina jurisprudencial antes indicada. Entre las resoluciones más recientes, se halla la S.T.S. de 06.11.2000, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo, con cita de anteriores resoluciones (F.J. 4º).

Cabe destacar que incluso en ocasiones el Alto Tribunal ha reconocido de forma expresa la validez de las Diligencias Indeterminadas, así lo ha hecho en sus S.S.T.S. de 22.04.1999, ponente Exmo. Sr. de Vega Ruiz (F.J. 4º) y de 23.06.1999, del mismo ponente (F.J. 3º); de 21.09.1998, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo (antes citada), y de 11.04.2001, ponente Exmo. Sr. Martín Canivell. Asimismo las S.S.T.S., 2ª, de 03.04.1998, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto y de 22.07.1998, ponente Exmo. Sr. de Vega Ruiz, sostienen el criterio que las diligencias indeterminadas pueden ser consideradas procedimiento suficiente para el inicio del acto de injerencia, o dicho de otro modo, que la puesta en conocimiento al Juzgado de una *notitia criminis* puede servir de base a la licitud de una intervención telefónica con independencia de cuál sea el trámite procesal en el que se acuerde, con tal que se produzca en virtud de una resolución judicial que reúna todos los requisitos y formalidades.

que el procedimiento judicial penal se incoase al mismo tiempo de adopción de la medida, esto es, en el propio Auto de incoación de diligencias previas¹⁸⁰.

Además de conformidad con pacífica reiterada doctrina jurisprudencial¹⁸¹, cabe tener presente que la adopción del acto de

Sin embargo, dichas resoluciones pueden confrontarse con las S.S.T.S. de 26.09.1995, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín, y de 22.04.1999 ponente Exmo. Sr. De Vega Ruiz, que se pronuncian en contra de la admisibilidad de las diligencias indeterminadas como cauce adecuado para la autorización de una intervención de las conversaciones telefónicas. La primera de ellas, razona la nulidad de las escuchas telefónicas acordadas mediante diligencias indeterminadas, no sin hacer referencia a la existencia de una línea jurisprudencial que ha flexibilizado de forma considerable la utilización de este cauce cuando existan razones apremiantes que lo justifiquen, si bien tras analizar el caso enjuiciado en su F.J. 3º concluye que: “La utilización de un libro registro especial para las denominadas Diligencias Indeterminadas es contrario a la normativa vigente ya que sólo se admite la incoación de asuntos penales por la vía de Diligencias Previas o Sumarios”, y asimismo la sentencia de 22.04.1999, ponente Exmo. Sr. de Vega Ruiz, establece de forma contundente que: “La autorización debe darse en el seno de una investigación judicial ya abierta, no siendo admisibles las legalmente inexistentes Diligencias Indeterminadas, que a pesar de todo, en algunos Juzgados todavía se resisten a desaparecer”.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial del T.C. cabe señalar sus S.S.T.C. 50/1995, de 23 de febrero, ponente Exmo. Sr. de Mendizábal Allende y S.T.C. 103/1996, de 11 de junio, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, al afirmar que las diligencias indeterminadas son un mero procedimiento, que no proceso judicial, pero ello no supone de por sí mismo la existencia de una irregularidad procesal susceptible de ser sancionada con la nulidad de lo actuado. También son de destacar las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, Pleno, ponente Exmo. Sr. Vives Antón, y S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas.

¹⁸⁰ La S.T.S., 2ª, de 05.11.1997, ponente Exmo. Sr. Granados Pérez, consideró plenamente válida la intervención telefónica autorizada conjuntamente en la misma resolución que ordenaba la incoación de diligencias previas (F.J. 1º).

¹⁸¹ Así lo han sostenido las S.S.T.S., 2ª, de 28.09.1998, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo (F.J. 1º); de 16.02.1998, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón (F.J. 2º y 5º); de 07.03.1998, ponente Exmo. Sr. García-Calvo y Montiel, la cual en su F.J. 2º dispuso de forma contundente que: **“Basta por ello con el auto del Juez con la fe del Secretario, sin que tenga que ver el que en tal etapa procesal y el específico procedimiento se califique de Previas o Indeterminadas”**(negrilla nuestra); o entre las más recientes de 01.02.2002, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón, que tras aceptar que el uso de las diligencias indeterminadas constituye una irregularidad procesal, estima que ello “(...) no determina por sí misma la nulidad de la resolución judicial, pues lo

injerencia en el cauce de unas Diligencias Indeterminadas no viciaría de inconstitucionalidad la decisión judicial ni implicaría una vulneración del derecho fundamental del art. 18.3 C.E. sino que se trataría únicamente de una deficiencia de legalidad ordinaria.

En base a todo lo anteriormente expuesto, a nuestro juicio entendemos que es posible que la medida de interceptación de las comunicaciones telefónicas se adopte en el mismo Auto de incoación de Diligencias Previas siempre y cuando el Juez disponga de indicios delictivos suficientes en base a los cuales considere que tal medida resulta necesaria y sea proporcional.

2) Existencia de indicios delictivos .-

La existencia de indicios delictivos se configura como un requisito de orden constitucional y no de simple legalidad ordinaria, de conformidad con pacífica doctrina jurisprudencial del T.C. representada por su importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón¹⁸², y que ha sido posteriormente reiterada en sus S.S.T.C. 165/2005, de 20 de junio,

relevante no es el nombre, sino la naturaleza real de las diligencias, como procedimiento judicial” (F.J. 12º).

¹⁸² Concretamente la referida resolución al exigir que los indicios deben ser algo más que meras sospechas, estableció que se trataba de un requisito constitucional y no de legalidad ordinaria: **“Esa exigencia, que ahora se proyecta también sobre las intervenciones telefónicas, no es meramente de carácter legal; sino que procede de la Constitución. Entender la Constitución de otro modo supondría dejar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de todos los ciudadanos al arbitrio de los poderes públicos”** (negrilla mía).

ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas y de 209/2007, de 9 de marzo, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer.

Ahora bien, ¿qué hay que entender por indicios delictivos? el término indicio ha sido equiparado a sospecha fundada, y una de las primeras resoluciones que sentó dicho criterio fue el comentado Auto del T.S. de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, en el conocido caso Naseiro¹⁸³, la cual tras poner de relieve la insuficiencia de la normativa existente sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico, concluyó que las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas eran nulas por concurrir múltiples irregularidades en el proceso de adopción de tales medidas de intervención telefónica, entre ellas la no exteriorización de los indicios delictivos en la autorización judicial así como la falta de motivación en la resolución judicial, una ausencia de control judicial y una evidente desproporción entre las medidas, entre otros.

El referido criterio ha sido el posteriormente seguido por numerosos pronunciamientos judiciales, entre los que cabe destacar las S.S.T.S. de 23.12.1994, 2, ponente Exmo. Sr.

¹⁸³ Conforme al citado A.T.S. de 18.06.1992 los indicios racionales de criminalidad del art. 579 de la L.E.Crim. son: "(...)las indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, de la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible objeto de investigación". La referida resolución además sentó que no puede ser indicio la mera manifestación policial de sospecha, sino que debe ir acompañada de algún otro dato que permita al Juez valorar la racionalidad de su decisión en base a la proporcionalidad.

Hernández Hernández¹⁸⁴; S.T.S. de 01.12.1995, ponente Exmo. Sr. De Vega Ruiz¹⁸⁵; S.T.S. de 30.03.2004, ponente Exmo. Sr. Saavedra Ruiz; S.T.S. de 16.06.2004, ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarca; S.T.S. de 16.11.2006, ponente Exmo. Sr. Martínez Arrieta, y de 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer¹⁸⁶, entre muchas otras.

Por su parte, el T.C. reconoce que la relación entre el sujeto investigado y la posible comisión de la infracción criminal objeto de investigación no puede basarse en meras conjeturas, sino en indicios que puedan ser apreciados por terceras personas y que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito.

En este sentido, cabe citar entre muchas otras, la ya comentada S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón; S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr.

¹⁸⁴ Conforme a la referida sentencia: “(...) la decisión del órgano judicial (...) ha de fundarse en indicios constatables en las actuaciones, que pueden ser, obviamente, los que le facilite la Policía en el “petitum” de la medida, ampliados o no según lo estime el Juez, (...), expresivos de la racionalidad de la noticia y probabilidad de la existencia del ilícito que se quiere comprobar, lo que descarta las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo concreto”.

¹⁸⁵ Por su parte dicha sentencia estableció de forma clara en su F.J. 9º que deben rechazarse las escuchas predelictuales: “La adopción de la medida exige la previa existencia de indicios delictivos, no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas, en tanto que es la probabilidad de la presunta infracción la que marcará la pauta a seguir, que en eso precisamente consiste la proporcionalidad, todo lo cual descarta desde luego las escuchas «predelictuales» o de «prospección» si van desligadas de la realización de hechos delictivos concretos”.

¹⁸⁶ La referida resolución al referirse a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, dispuso lo siguiente: “Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación”.

García Manzano, la cual tras hacer expresa referencia a la jurisprudencia del T.E.D.H., consideró que en el caso enjuiciado sí que concurrían indicios suficientes para la adopción de la medida de intervención telefónica¹⁸⁷; S.T.C. 171/1999, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer; S.T.C. 299/2000, de 11 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas y S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez.

Asimismo cabe destacar la importante S.T.C. 184/2003, de 23 de octubre, Pleno, ponente Exma. Sra. Casas Baamonde, en el conocido caso Prado Burgallo, en la cual tras realizar una dura crítica a la redacción actual del art. 579 L.E.Crim. por estimarlo insuficiente, dispuso que la resolución judicial que adopta la medida de intervención telefónica únicamente es legítima si exterioriza las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención; Asimismo procede hacer referencia a la S.T.C. 165/2005, de 20 de junio, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas, en la que expresamente dispuso que la exigencia de indicios delictivos no puede equipararse a meras sospechas o conjeturas.

Finalmente cabe citar la S.T.C. 26/2006, de 30 de enero, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez en cuyo F.J. 6º, con referencia

¹⁸⁷ Concretamente la S.T.C. 166/1999 en su F.J. 8º dispuso lo siguiente: **“Estas sospechas han de fundarse en «datos fácticos o indicios», en «buenas razones» o «fuertes presunciones» (SSTEDH caso Klass, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso Lüdi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1), o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3)”**.

expresa a la jurisprudencia del T.E.D.H., establece que si bien lo deseable es que los indicios objetivos que justifiquen la intervención telefónica se expresen directamente en la resolución judicial, es jurisprudencia consolidada del T.C. conforme a la cual la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder realizar con posterioridad el correspondiente juicio de proporcionalidad.

En cuanto a la doctrina científica, procede indicar que la misma sigue el mismo criterio que la pacífica y abundante jurisprudencia en orden a la exigencia de concurrencia de indicios y no de meras sospechas, indicios que deben ser constatados por el Juez, a la vista de los elementos existentes en la causa¹⁸⁸.

3) Principio de proporcionalidad y subprincipios que lo integran.

El principio de proporcionalidad si bien no está reconocido de forma expresa en nuestra Constitución sí resulta inherente al Estado de Derecho, del valor de la justicia, y del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos,

¹⁸⁸ Entre muchos autores, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. págs. 184 y 185, considera que la inexistencia de indicios en que fundamentar el Auto que acordase la medida de intervención telefónica vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que los Jueces deben otorgar en aplicación del art. 24.2 C.E.

configurándose además como un requisito de orden constitucional y no de mera legalidad ordinaria¹⁸⁹ y al mismo tiempo como pilar esencial de toda autorización judicial de injerencia en el secreto de las comunicaciones¹⁹⁰.

Así lo sostienen entre otras la S.T.C. 49/1996, 1ª, de 26 de marzo, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga Cabrera, la cual en el caso enjuiciado consideró que la ausencia de control por el Juez instructor de la medida de injerencia provocó la vulneración del principio de proporcionalidad, toda vez que al no conocer los hechos que se estaban investigando, el Juez no pudo valorar correctamente si la medida era adecuada para la finalidad perseguida (F.J. 5º), atribuyéndole así al principio de proporcionalidad una gran relevancia.

¹⁸⁹ Tal afirmación se deduce claramente entre muchas otras de la importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón.

¹⁹⁰ Ni que decir tiene que el principio de proporcionalidad deriva de una doctrina que es común a toda restricción de derechos fundamentales -y no únicamente específica de la restricción del derecho del art. 18.3 C.E.-, que tiene a su vez su base en los principios y valores arriba apuntados, tales como el valor de justicia, el principio del Estado de Derecho, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, si bien es cierto que el principio de proporcionalidad juega un papel clave a la hora de autorizar la injerencia de las conversaciones telefónicas. Precisamente la S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, 1ª, ponente Exmo. Sr. García Manzano, fue más allá y consideró que todos los requisitos que deben concurrir para autorizar escuchas telefónicas derivan del principio común de la proporcionalidad, al establecer literalmente en su F.J. 2º: “La proporcionalidad implica, además, de un lado, que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento (SSTC 160/1994 [RTC 1994\160], 50/1995 [RTC 1995\50], 181/1995, 49/1996, 54/1996, fundamentos jurídicos 7º y 8º); de otro, que la ejecución de la misma debe atenerse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º, 86/1995, fundamento jurídico 3º, 49/1996 fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º); y, finalmente, que la medida debe ser verificada bajo control judicial (por todas SSTC 49/1996, fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º y 151/1998, fundamento jurídico 4º)”.

En el mismo sentido, es de destacar la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, que con expresa cita de jurisprudencia anterior así como de la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. inherente a la interpretación hermenéutica al art. 8 del C.E.D.H. en orden a los requisitos que deben concurrir para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas de un particular, llegó a atribuir incluso mayor relevancia al juicio o principio de proporcionalidad que al requisito de motivación de la autorización judicial de injerencia¹⁹¹.

De los pronunciamientos comentados podemos concluir que el principio de proporcionalidad exige una relativa gravedad de la infracción perseguida así como una ponderación de los intereses en juego por parte de la Autoridad judicial para discernir si la intromisión y consiguiente restricción del derecho fundamental en beneficio del interés público debe primar sobre el interés del titular del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

¹⁹¹ Concretamente llegó a concluir que: “(...) lo importante, dada la naturaleza y justificación de la medida, no es tanto la motivación en el sentido antes expuesto, cuyas exigencias no son trasladables a este tipo de resolución, sino la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia”.

3.1) Delitos que pueden justificar la injerencia en el secreto de las comunicaciones.

Nos encontramos con la dificultad de determinar qué clase de delitos pueden justificar la autorización de una interceptación telefónica, toda vez que la L.E.Crim. no hace mención alguna a este presupuesto que estimo vital, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos en los que sí se determina de forma específica qué supuestos pueden dar lugar a una injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones¹⁹².

El T.S., en el llamado caso Naseiro, de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, abordó directamente dicha problemática y concluyó que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica. También ha sido muy importante la labor clarificadora llevada a cabo por la doctrina científica¹⁹³. Así LÓPEZ

¹⁹² A modo de ejemplo cabe citar a Alemania, en que tanto la Ley de 13 de agosto sobre Limitación del Secreto Postal, Epistolar y Telefónico así como el art. 100.a) de la Ley Procesal Penal Alemana (St. PO.) de 07.01.1975, disponen de forma taxativa los delitos que por su gravedad -tales como hechos punibles contra la defensa del Estado, orden público, falsificación de moneda, contra la vida, la libertad personal o robo, entre otros- pueden justificar la adopción de una medida de intervención telefónica. En el caso de Italia es el Código de Procedimiento Penal de 1988, cuyo art. 266, establece un listado *numerus clausus* de los delitos que pueden ser susceptibles de motivar una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. Asimismo veáse los comentarios realizados sobre dichos Ordenamientos jurídicos en el apartado relativo al Derecho Comparado, así como RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob. cit, pág. 115, en cuya nota a pie de página hace referencia a la regulación existente en otros países en orden a la previsión normativa de los supuestos susceptibles de autorizar una intervención telefónica.

¹⁹³ RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., recoge la opinión de diversos autores sobre esta materia, págs. 116 a 118. Asimismo resulta muy interesante el análisis de los delitos que pueden justificar la injerencia en las comunicaciones telefónicas que realiza RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., en sus págs. 133 a 139. Por su parte, MARTÍN MORALES,

FRAGOSO¹⁹⁴ propone una reforma del art. 579 L.E.Crim. en el sentido de introducir un catálogo de delitos o criterios en base a los cuales pueda autorizarse una medida de intervención telefónica, no sin antes sostener que de la ausencia de previsión normativa no puede deducirse que la intervención telefónica pueda ordenarse para cualquier tipo de infracción penal, excluyéndose de inicio las infracciones constitutivas de simples faltas.

Por su parte LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹⁹⁵, considera que al interpretar el apartado 2º del art. 8 del C.E.D.H., el cual establece las excepciones en las cuales resulta lícita la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, es imprescindible realizar una interpretación restrictiva de las mismas a fin de evitar que el derecho a la intimidad pueda vulnerarse simplemente para proteger la moral o para prevenir el delito y asimismo sostiene que hay que tener muy presente el principio de necesidad de su medida.

Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 122 y 123, tras señalar que en nuestro Ordenamiento jurídico no existe prevista normativa alguna sobre el tipo de delitos que el legislador considera suficientemente graves como para autorizar una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, sostiene que sólo existirá proporcionalidad cuando la acción delictiva que se pretende perseguir tiene cierta gravedad, instando al legislador a una reforma legal sobre la materia en aras de una mayor seguridad jurídica, todo ello sin perjuicio de la importante labor que el juez pueda realizar de interpretación y aplicación del Derecho.

¹⁹⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 70 a 72.

¹⁹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., págs. 30 a 35, en las cuales analiza el contenido del art. 8.2 del C.E.D.H. que exige que la medida de intervención telefónica: "(...) 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 de la protección de los derechos y libertades de los demás". Precepto que como se desprende de su simple lectura es muy amplio, y procede en consecuencia relajar una interpretación restrictiva del mismo para evitar que la intromisión sistemática del derecho al secreto de las comunicaciones.

Efectivamente la interpretación del indicado principio es fundamental toda vez que se configura como el presupuesto para la autorización de una intervención telefónica¹⁹⁶, y al estar redactado el art. 8.2 del C.E.D.H. de una forma tan amplia, comparto el criterio de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA según el cual la regla general habrá de ser la no intromisión y que posiblemente hubiese sido preferible otra redacción del referido precepto del C.E.D.H. que no dejase un margen de interpretación tan amplio del principio de necesidad¹⁹⁷.

GARCÍA ARÁN¹⁹⁸, sostiene el criterio que a pesar de que la L.E.Crim. no disponga expresamente qué delitos son susceptibles por su naturaleza de justificar la adopción de una medida de intervención telefónica, si atendemos a la necesaria proporcionalidad de la medida sólo los delitos graves son los que pueden lugar a una medida de intervención telefónica.

Por su parte la jurisprudencia del T.E.D.H. ha interpretado el concepto de necesidad de la medida en una sociedad democrática prácticamente siempre vinculado a los problemas de alta criminalidad en la sociedad -nuevas formas de espionaje y terrorismo-, de tal modo que para el Alto Tribunal Europeo las

¹⁹⁶ Toda vez que tal y como hemos apuntado el art. 8.2 del C.E.D.H. establece como requisitos que la medida de intervención telefónica **sea necesaria** para la seguridad nacional, etc.

¹⁹⁷ La alternativa propuesta por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 35 es la siguiente: “La necesidad supone que sólo es admisible la injerencia en los casos imprescindibles, y ello sólo en la medida que sea adecuada”.

¹⁹⁸ GARCÍA ARÁN, Mercedes y CÓRDOBA RODA, Juan: *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, ob.cit., pág. 2.494.

disposiciones legislativas que admiten medidas de vigilancia tales como las intervenciones telefónicas son “en una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional y/o para la defensa del orden y para la prevención de los delitos”, tal y como dispuso en su conocida Sentencia de 06.09.1978, caso Klass y otros contra Alemania¹⁹⁹.

A mi parecer a pesar de que en nuestra regulación actual no existe ningún listado de delitos que por su gravedad o trascendencia social justifiquen la adopción de la medida de intervención telefónica, no es posible acudir al art. 8 del C.E.D.H. para determinar qué tipo de delitos pueden dar lugar a una medida de intervención telefónica por ser demasiado amplio, sino que abogo por una reforma de la L.E.Crim. en el sentido de incluir unos criterios o parámetros para determinar aquellas conductas que sean susceptibles de autorización de una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, la indicada falta de previsión normativa de las infracciones penales que por su gravedad permitan autorizar una

¹⁹⁹ Concretamente en la referida S.T.E.D.H. de 06.09.1978 se estableció que: “Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de forma que el Estado, para combatir eficazmente estas amenazas, debe estar capacitado para vigilar en secreto los elementos subversivos que operan en su territorio”. Además el T.E.D.H. argumentó que para no extralimitar el concepto de “necesidades” del art. 8. 2 del C.E.D.H. debían respetarse en la mayor medida posible los valores de una sociedad democrática en el procedimiento de control de la medida, tales como la preeminencia del Derecho, que implica que la exigencia de un control judicial de la medida. Asimismo el T.E.D.H. estableció que cualquiera que sea el sistema de vigilancia adoptado, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos.

Para un análisis más detallado de esta resolución del T.E.D.H., puede consultarse RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 244 a 248.

intervención telefónica, ha sido en gran medida suplida por la intensa labor de la jurisprudencia del T.S. así como del T.C., que ha sostenido de forma unánime el criterio que a pesar de que nuestro Ordenamiento jurídico no prevea un catálogo de delitos para cuya investigación está prevista la adopción de una medida de intervención telefónica, sólo los delitos más graves justifican el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Entre las resoluciones más recientes, procede citar las S.S.T.S., 2ª, de 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer y de 09.04.2007, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre²⁰⁰.

Más concretamente, se ha declarado que concurre la necesaria proporcionalidad en los delitos contra la salud pública en general (entre otras S.S.T.S., 2ª, de 28.11.1994, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez²⁰¹ y de 11.10.1996, ponente Exmo. Sr.

²⁰⁰ Ambos pronunciamientos coinciden al disponer que: “Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este modelo excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada, de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio la ponderación concretado en cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida”. Además dichas sentencias hacen referencia a resoluciones del T.E.D.H.- de 24.04.1990, casos *Kruslin* y *Hurvig*- que condenaron a Francia por no disponer de un catálogo de infracciones graves que justificasen una medida de intervención telefónica, a diferencia de lo que sucede en Alemania e Italia, concluyendo el T.S. que: “(...)en tanto no cumpla el legislador español esta exigencia dimanante del art. 8 CEDH. habrá de autolimitarse por vía interpretativa, todo órgano instructor, siguiendo por analogía «in bonem partem» lo previsto en el art. 503 LECrim. respecto a la prisión preventiva”.

²⁰¹ Concretamente el F.J. 7º del referido pronunciamiento dispuso: “La proporcionalidad de la medida en este caso aparece justificada por afectar a un delito de gran trascendencia social, como es el tráfico de drogas. La trascendencia acusada excusa de mayor comentario”. Es de destacar que la mayor parte de las resoluciones judiciales versan sobre la autorización de

Manzanares Samaniego²⁰², entre las más recientes S.S.T.S, 2ª, de 25.09.2000, ponente Exmo. Sr. Granados Muñoz y de 06.11.2000, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo y S.S.T.C. 171/1999, 2ª, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Viver-Pi Sunyer y la ya citada S.T.C. 49/1999, de 5 de abril); en los delitos de tráfico de drogas organizado (S.S.T.S., 2ª, de 31.10.1994, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez²⁰³ y de 20.02.1999, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín²⁰⁴) por la especial gravedad de los hechos.

Asimismo también considera que existe proporcionalidad en los delitos relativos a la prostitución entre otras, S.S.T.S., 2ª, de 03.12.1993, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, y de 19.01.1996, ponente Exmo. Sr. Cotta Márquez del Prado y en los delitos de asesinato y parricidio- S.T.S., 2ª, 08.05.1997, ponente Exmo. Sr. Román Puerta Luis- así como de homicidio consumado- S.T.S., 2ª, 20.12.2001, ponente Exmo. Sr. Delgado García-, delitos cuya investigación a diferencia de lo que sucede en los delitos contra la salud pública, va dirigida al descubrimiento del autor y no al descubrimiento de la comisión de un delito.

intervenciones telefónicas en el marco de una investigación por delitos contra la salud pública.

²⁰² Resulta muy claro el criterio del T.S. al declarar que: “La proporcionalidad de la medida es indiscutible cuando se trata de poner coto al tráfico de drogas”.

²⁰³ El F.J.4º de la referida S.T.S. 31.10.1994 estableció que: “La proporcionalidad se descompone en determinados presupuestos, requisitos y límites que han de ser observados para la validez y utilización de los resultados obtenidos. **Surge, enseguida, esta proporcionalidad, cuando lo que trata de descubrir es nada menos que una red de tráfico de drogas**” (negrilla mía).

²⁰⁴ Es de destacar su F.J. 1º al hacer referencia a los delitos contra la salud pública objeto de enjuiciamiento dispuso: “No se discute la proporcionalidad de la medida ya que es evidente que nos encontramos ante unos hechos de una gravedad irrefutable y que precisamente por su entidad justifican la necesidad de acudir a estas medidas excepcionales para profundizar en su investigación”.

La S.T.S. de 23.11.1998, ponente Exmo. Sr. Bacigalupo Zapater, tras poner como ejemplo lo dispuesto en la Ordenanza Procesal Alemana, amplió el catálogo de delitos que por la gravedad que revisten respetan el principio de proporcionalidad, a los cometidos por bandas armadas y a los delitos violentos, como por ejemplo el robo con violencia en las personas, además de los relativos al tráfico de drogas²⁰⁵. Además la indicada resolución hacía referencia a la S.T.S. de 26.05.1997, ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid la cual en base a la jurisprudencia del T.E.D.H., razonó que la proporcionalidad ha de tener en consideración no sólo la gravedad de la pena fijada para el delito investigado sino también la trascendencia social del tipo²⁰⁶.

²⁰⁵ Concretamente la S.T.S., 2a, de 23.11.1998 en su F.J. 1º afirmó que: “Ciertamente la Ley Procesal vigente no enumera -como otras leyes europeas- los delitos que permiten para su descubrimiento recurrir a la intervención telefónica. La jurisprudencia ha aceptado -por regla- que la exigencia de proporcionalidad no ofrece dudas en los delitos de tráfico de drogas y en delitos cometidos por bandas armadas. No obstante, los delitos violentos, entre ellos el robo con violencia en las personas tienen una gravedad que no ha sido puesta en duda en ningún momento. Prueba de ello es que en el Derecho Europeo este delito aparece, por ejemplo, en la enumeración contenida en el parágrafo 100 a 2 de la Ordenanza Procesal Alemana. Se trata, como es claro, de hechos que tienen riesgo para bienes jurídicos personales de singular importancia y que, por ello, justifican una medida como la intervención telefónica”. Y finalmente concluyó: “Por lo tanto, si se tiene en cuenta la trascendencia de los bienes jurídicos puestos en peligro, es evidente que la proporcionalidad no puede ser cuestionada”.

²⁰⁶ Precisamente en idéntico sentido, se posiciona RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 134: “(...) el criterio de gravedad de la pena no es el único que conforme el Ordenamiento Procesal debe permitirnos fijar el juicio de proporcionalidad, pues debe introducirse también el criterio de la relevancia o trascendencia social de delitos que pudieran tildarse de menos graves”. Asimismo MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 123, afirma que: “Los parámetros del principio de proporcionalidad son, en efecto, plurales. Se ha de tener en cuenta, en primer lugar, la presunta gravedad jurídica de los hechos investigados, pero también otras consideraciones, como la gravedad social de los mismos”.

Tal razonamiento ha conllevado la autorización de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones en la investigación de delitos que no tienen la consideración de graves como los delitos de contrabando, principalmente de tabaco (S.T.C., 2ª, 11.12.2000, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas y S.T.S., 2ª, 18.01.2002, ponente Exmo. Sr. Soriano Soriano), respondiendo a mi parecer tal autorización a razones de política fiscal, y concretamente en el impacto económico y recaudatorio que supone el comercio ilegítimo de tabaco.

3.2) Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad.

Tal y como se deriva de la jurisprudencia de nuestros Altos Tribunales así como del T.E.D.H., el principio de proporcionalidad se halla integrado a su vez por dos subprincipios como son el de necesidad y el de idoneidad de la medida, más el presupuesto lógico de la finalidad perseguida.

En este sentido es de destacar la S.T.C. 207/1996, 1ª, de 16 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra, que recoge los tres requisitos que deben concurrir para superar el juicio de proporcionalidad:

“Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés

general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)²⁰⁷”.

Entre las más recientes, S.T.C. 14/2001, de 29 de enero, ponente Exmo. Sr. González Campos y S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez²⁰⁸, las cuales se refieren a tales principios conjuntamente y al examen de razonabilidad de la medida.

²⁰⁷ Sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es interesante el análisis que del mismo realiza GAVARA DE CARA, Juan Carlos: “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de la restricción de los Derechos Fundamentales”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2003, ed. Aranzadi, según el cual conforme a la doctrina jurisprudencial del T.C., en cada caso concreto se debe ponderar la relación razonable entre la medida restrictiva y la finalidad de la misma para poder determinar si hay más beneficios que perjuicios con la introducción de la restricción sobre el bien en conflicto, o dicho de otro modo la medida restrictiva del derecho fundamental no debe ser una carga excesiva para el sujeto afectado por la misma.

²⁰⁸ En muy similares términos se habían pronunciado anteriores resoluciones del T.C., como la S.T.C. 171/1999, 2ª, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Viver-Pi Sunyer con cita del Auto 344/1990, de las S.S.T.C. 85/1994, ponente Exmo. Sr. García-Mon y González Regueral, F.J. 3º; S.T.C. 181/1995, ponente Exmo. Sr. Cruz Villalón, F.J. 5º; S.T.C. 49/1996, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, F.J. 3º; S.T.C. 54/1996, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra, F.F.J.J. 7º y 8º y S.T.C. 123/1997, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, F.J. 4º. Y en cuanto a resoluciones del T.E.D.H., cabe citar las Sentencias de 24.04.1990 casos Kruslin y Huvig y Sentencia de 30.07.1998, en el conocido caso Valenzuela Contreras. Por su parte, la jurisprudencia del T.S. sigue exactamente el mismo criterio que el T.C., en sus S.S.T.S. 27.11.2000, 2ª, ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar y de 05.05.2000, ponente Exmo. Sr. Marañón Chavarri, con expresa cita de la S.T.C. 206/1996, de 16 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Mendizábal Allende.

a) El subprincipio de necesidad .-

El subprincipio de necesidad de la medida²⁰⁹, exige que la medida de injerencia debe ser imprescindible para conseguir el objetivo fijado, de tal modo, que si hay diversas medidas aptas para el fin pretendido habrá que escoger aquélla que suponga una menor intromisión en los derechos fundamentales. Por lo tanto, si hay otros medios para conseguir la finalidad buscada, la injerencia ya no sería necesaria, y en consecuencia, no debería autorizarse la medida de intervención de las comunicaciones.

Así se pronunciaron precisamente las S.T.S., 2ª, de 01.12.1995, ponente Exmo. Sr. de Vega Ruiz, la cual alude al principio de necesidad de la medida, pudiéndose únicamente recurrir a la medida de intervención telefónica cuando resulte imprescindible²¹⁰, así como la S.T.S., 2ª, de 23.12.1994, ponente Exmo. Sr. Hernández Hernández, la cual exigió que en la fundamentación del Auto que acuerde la intervención se plasme “el indispensable juicio de ponderación sobre la necesidad de la medida”.

²⁰⁹ Nos remitimos a lo anteriormente expuesto sobre el principio de necesidad establecido en el art. 8.2 del C.E.D.H. conforme al cual se admite la injerencia en el derecho cuando sea necesaria para los fines que se indica, tales como la defensa de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del bienestar económico del país. La S.T.E.D.H. de 24.11.1986 caso Gillow contra el Reino Unido e Irlanda del Norte, afirmó que “el concepto de necesidad implica una exigencia social imperiosa”.

²¹⁰ Más concretamente la referida S.T.S., en su F.J. 9º al examinar los requisitos que deben concurrir para adoptar la medida judicial de intervención telefónica, dispuso entre otros: “La necesidad de una medida a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 enero 1985 [RTC 1985\13])”.

b) El subprincipio de idoneidad.-

Dicho subprincipio es entendido como pronóstico de que de la intervención pueden deducirse datos relevantes para las resultas de la investigación ya abierta o incipiente. Por tanto, el indicado principio exige que la medida de intervención sea la adecuada para la finalidad perseguida, o dicho de otro modo, que la injerencia en las comunicaciones sea apta para lograr el fin perseguido.

Por consiguiente, si hay otros medios menos gravosos y también idóneos para conseguir la finalidad perseguida-aparte de la intervención de las comunicaciones-, habrá que decidirse por uno de ellos, precisamente el menos restrictivo, puesto que si existieran otras medidas, la injerencia ya no sería necesaria y por tanto, no debería ser autorizada. Precisamente la S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Excmo. Sr. Vives Antón, en su F.J. 7º, plasmó precisamente este razonamiento, estableciendo que se actúa incorrectamente si en el momento de adopción de la medida no se manifiesta que concurre el presupuesto que la legitima, puesto que de omitirse tal pronunciamiento no es posible comprobar la idoneidad y la necesidad de la medida²¹¹.

²¹¹ Efectivamente, la referida S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, en su F.J. 7º, con cita de jurisprudencia anterior, concluyó que: “La expresión del presupuesto habilitante de la intervención telefónica constituye una exigencia del juicio de proporcionalidad. Pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, **sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental** (SSTC 37/1989, 3/1992 [RTC 1992\3], 12/1994 [RTC

En este sentido, comparto totalmente la posición de un sector doctrinal²¹² que considera que el llamado presupuesto habilitante, esto es, la relación o conexión existente entre el sujeto que habrá de ser objeto de la investigación y el delito cuya investigación se interesa mediante la solicitud de autorización judicial de sus comunicaciones, juega un papel fundamental respecto al principio de proporcionalidad, toda vez que para examinar la concurrencia del indicado principio resulta esencial tener en consideración la persona concreta respecto de la que existen indicios de criminalidad. En definitiva, el llamado presupuesto habilitante se configura como un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad de la medida (S.T.C. 14/2001, de 29 de enero, ponente Exmo. Sr. González Campos).

c) La finalidad de la medida .-

La medida debe ser congruente y proporcionada a la finalidad perseguida. La relevante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón, infiere del principio de proporcionalidad “que tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas han de limitarse a las que se hallan dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que

1994\12], 13/1994 [RTC 1994\13], 52/1995 [RTC 1995\52], 128/1995 [RTC 1995\128], 181/1995 y 34/1996)” (negrilla mía).

²¹² RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. pág. 131, considera que el presupuesto habilitante es “un evidente presupuesto del principio de proporcionalidad, pues por una parte nutre de contenido el objeto de la investigación y por qué la misma se solicita contra determinada o determinadas personas”.

supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio”.

Asimismo es jurisprudencia reiterada del T.E.D.H. conforme a la cual la intervención ha de responder a una necesidad social imperiosa y ha de ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida (S.S.T.E.D.H. de 26.04.1979, asunto de Sunday Times; de 24.03.1988, caso Olsson y de 02.06.1988, caso Berrehab entre otras)²¹³.

d) El principio de especialidad .-

Finalmente es necesario hacer referencia al principio de especialidad el cual se halla íntimamente vinculado a la finalidad concreta que debe perseguir el acto de injerencia e implica que el Auto que autorice la intervención de las comunicaciones telefónicas habrá de especificar en la mayor medida de lo posible los hechos respecto de los cuales se autoriza la injerencia en el secreto de las comunicaciones de la persona que será objeto de investigación, toda vez que se trata de evitar que se autoricen intervenciones telefónicas para tratar de descubrir actos delictivos en general²¹⁴.

²¹³ Procede indicar que la finalidad de la medida está en estrecha conexión con el tipo de delitos que por su gravedad o trascendencia social justifican la adopción de la medida, motivo por el que me remito a lo anteriormente expuesto sobre el particular.

²¹⁴ Resulta interesante la recopilación de posturas doctrinales que realiza RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 120 y 121, todas ellas contrarias a la utilización de esta medida de injerencia en un derecho fundamental para descubrir la comisión de delitos en general, de un modo totalmente arbitrario, que conllevaría la elección de forma aleatoria de sujetos pasivos del acto de injerencia para descubrir delitos en general.

El referido principio de especialidad ha sido configurado tanto por la doctrina jurisprudencial de nuestro Ordenamiento jurídico como del T.E.D.H. como uno de los pilares esenciales de la licitud de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

Entre los primeros pronunciamientos del T.S., destaca el conocido Auto del T.S. de 18.06.1992 en el llamado caso Naseiro, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, el cual ya señaló que el principio de especialidad implica que debe existir la necesaria identidad entre el delito objeto de investigación y el hecho que se investiga. La doctrina jurisprudencial posterior ha venido recogiendo el principio de especialidad como uno de los requisitos indispensables en una resolución habilitante, entre muchas otras cabe citar las S.S.T.S., 2ª, de 20.05.1994²¹⁵, ponente Exmo. Sr. Fernández Montero-Cid; de 11.04.1999²¹⁶, ponente Exmo. Sr. de Vega Ruiz S.T.S. de 18.07.2000²¹⁷, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo y de 27.11.2000²¹⁸, ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar. Entre las

²¹⁵ Concretamente la referida Sentencia fue muy clara al establecer que: “...no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos”.

²¹⁶ La indica resolución dispuso entre los requisitos para autorizar una medida de intervención telefónica en su F.J. 3º: “Especialidad de la materia a investigar porque no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales”.

²¹⁷ Es de destacar el razonamiento que dicha resolución aplica para justificar la necesidad del principio de especialidad al disponer que: “...no es admisible decretar la intervención telefónica para investigar actividades delictivas genéricas, lo que sería propio del sistema de inquisición general desterrado del moderno y civilizado derecho penal”.

²¹⁸ Con cita de jurisprudencia anterior, recoge el requisito necesario del principio de especialidad en su F.J. 3º: “La especialidad del hecho delictivo que

resoluciones más recientes, cabe citar las S.S.T.S., 2ª, de 27.02.2007, ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarda²¹⁹ y de 09.04.2007, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre, conforme a la cual el principio de especialidad de la investigación va dirigido a investigar un delito concreto, rechazándose las investigaciones predelictuales o de prospección.

El T.C. también ha atribuido una gran relevancia a la concreción del hecho objeto de investigación. Son un ejemplo de ello, la S.T.C. 54/1996, 1ª, de 26 de marzo, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra así como la S.T.C. 171/1999, 2ª, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Viver Pi-Sunyer con cita de la importante S.T.C. 49/1999, de 5 de abril.

El T.E.D.H. también ha incluido el principio de especialidad entre los requisitos que deben concurrir en todo acto de injerencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Así entre sus más recientes pronunciamientos sobre la materia, se hallan las Sentencias de 25.03.1998, caso Koop; de 30.07.1998, caso Valenzuela Contreras y de 30.07.1998, caso Lambert, exigiendo todas ellas que la autorización judicial de intervención de

se investigue pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (Auto de 18 junio 1992 y Sentencia de 20 mayo 1994).

²¹⁹ Efectivamente la referida resolución indicó que uno de los aspectos a los que debe atender el Juez en el momento de adoptar la decisión sobre la autorización de intervenciones telefónicas es: “(...)a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida mediante la precisión del hecho que se está investigando, y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Para ello es preciso que el Juez cuente con indicios suficientes de la comisión del delito y de la participación del investigado”.

las comunicaciones telefónicas se adopte con una finalidad específica, esto es, concreta, ya que el Alto Tribunal estima esencial especificar la finalidad perseguida con la medida toda vez que es precisamente la concreta determinación del hecho objeto de la investigación la que permite realizar el juicio de ponderación entre el sacrificio que supone la medida para el sujeto investigado y el fin legítimo perseguido con la injerencia, criterio que comparto plenamente.

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial ha matizado el referido principio de especialidad en el sentido de que el mismo no es vulnerado cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma²²⁰. Así lo entendieron las S.S.T.S. de 20.05.1994²²¹, ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid, que aclaró la doctrina anterior sentada por las S.S.T.S. de 02.07.1993 y de 21.01.1994, ponente Exmo. Sr. de Vega Ruiz; en el mismo sentido, la S.T.S. de 05.05.1999 ponente Exmo. Sr. Maraón Chávarri²²² y S.T.S. 15.11.2000, ponente Exmo. Sr. Prego

²²⁰ Ciertamente ocurre frecuentemente que en el curso de una investigación que tiene por objeto unos hechos presuntamente constitutivos de tráfico de drogas, también se hallan indicios propios de un delito de receptación.

²²¹ La citada S.T.S. 20.05.1994 no pudo ser más clara al concluir que: “tal principio de especialidad ha de ser entendido en el sentido que precisa la muy reciente STS 481/1994, de 8 marzo [aclarando y complementando la doctrina supuestamente general de las SSTS 1706/1993, de 2 julio (RJ 1993\5703) y 91/1994, de 21 enero (RJ 1994\89)], en orden a que no se vulnera tal principio y el mismo cede cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma”.

²²² Concretamente la referida S.T.S. en su F.J. 4º recogió la matización que la doctrina jurisprudencial ha realizado del principio de especialidad, tras dar una definición del mismo: “Otro principio que debe regir la intervención judicial de las conversaciones telefónicas es el de especialidad, que significa que, concedida la autorización de las escuchas para la averiguación de un determinado hecho delictivo, no cabe que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, por lo que, de surgir nuevos hechos, no previstos en la solicitud policial inicial, deberá extenderse la licencia judicial

de Oliver y Tolivar, F.J. 2º, las cuales también matizaron la interpretación del principio de especialidad.

Cabe precisar que es también doctrina pacífica y consolidada conforme a la cual el principio de especialidad no permite que se investiguen hechos delictivos distintos a aquellos por los que fue autorizada la injerencia del derecho fundamental de la persona afectada, de modo que de obtenerse indicios fundados de otros hechos delictivos, debería solicitarse nueva autorización judicial para iniciar una nueva investigación para comprobar efectivamente los mismos²²³.

de escucha a los mismos de un modo formal. **Por la jurisprudencia** (SS. 2-7-1993 [RJ 1993, 5703] y 21-1-1994 [RJ 1994, 89]) **se ha matizado el principio de especialidad, entendiendo que sólo se vulnera el mismo cuando se produce una novación del tipo penal investigado, pero no cuando existe una adición o suma, porque aparte de las conversaciones sobre los hechos investigados, se produzcan otras sobre otros distintos**". (negrilla mía).

²²³ En no pocas ocasiones, el T.S. ha estimado que la prueba obtenida fue irregular y con violación de derechos fundamentales por no existir mandamiento judicial a tal fin, por lo que no puede surtir efecto alguno, como ocurrió en la S.T.S., 2ª, de 02.07.1993, ponente Exmo. Sr. Moyna Ménguez, en la que se practicó una diligencia de entrada y registro en un domicilio particular en el curso de una investigación -tráfico de drogas- no cubierta por mandamiento judicial, toda vez que el sujeto estaba siendo investigado por supuestos delitos de robos en el interior de vehículos, estimando en consecuencia que al no estar ante una prueba válidamente obtenida, debía operar la presunción de inocencia. Asimismo la S.T.S. de 13.01.1999, ponente Exmo. Sr. Marañón Chávarri, señaló muy acertadamente que el principio de especialidad no permite que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, de tal modo que de surgir nuevos hechos no previstos en la solicitud judicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal.

Por su parte, la S.T.C. 49/1996, 1ª, de 26 de marzo, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, otorgó el amparo al estimar nula la intervención telefónica, en la que se basó la condena por un delito de cohecho, toda vez que consideró que se había producido una divergencia entre la autorización concedida -para investigar un delito contra la salud pública- y la investigación practicada por la policía -delito de cohecho-.

Precisamente así surge la cuestión de qué sucede con los llamados hallazgos casuales de pruebas, o también llamados hallazgos fortuitos, que se refieren a los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación para la que se autoriza dicha medida, y que pueden afectar a personas frente a las cuales no se había ordenado tal intervención²²⁴.

El gran debate versa sobre la posible utilización o no de tales fuentes de prueba en un proceso judicial. La doctrina mayoritaria²²⁵ aplica un criterio de conexión que combina factores objetivos y subjetivos, conexión que ha de existir entre el hecho delictivo directamente investigado objeto de la medida de investigación telefónica y el delito descubierto casualmente, llegando a la conclusión de que no sería posible la utilización de un descubrimiento o hallazgo causal si los hechos descubiertos hacen

²²⁴ Considero especialmente claras las apreciaciones de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. pág. 258, respecto de los elementos o componentes que los hallazgos casuales pueden poner en conflicto, como son tanto el ámbito objetivo de la investigación –en caso de descubrirse nuevas infracciones criminales ajenas a las que motivaron la autorización judicial- como el ámbito subjetivo – se detecta la intervención de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa o bien relacionadas con la misma-.

²²⁵ Entre muchos otros cabe citar a LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. págs. 69 y ss., según el cual: “El hecho delictivo descubierto casualmente habrá de confrontarse con el fundamento de la medida que en su ejecución permitió adquirir el conocimiento fortuito y, en segundo término, con el sujeto pasivo de la misma”. Asimismo MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit, págs. 124 y ss. también acude al grado de conexión mínimo que debe existir para la utilización de los hechos delictivos nuevos.

Respecto a la doctrina que aplica dicha teoría de la conexión, es interesante la recopilación que realiza RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 122 a 126.

referencia a un hecho delictivo totalmente independiente del investigado, o bien afecten a una tercera persona, distinta a aquella frente a la que se dirigía la investigación²²⁶.

Respecto a la jurisprudencia, existe un cuerpo jurisprudencial pacífico de nuestros más Altos Tribunales, que sigue los criterios establecidos por el T.E.D.H. en sus sentencias de 06.09.1978 (caso Klass); de 02.08.1984 (caso Malone) y de 24.04.1990 (caso Kruslin), en el sentido de admitir la validez probatoria de los denominados hallazgos casuales, tanto a nivel de servir de prueba en otro juicio, como de permitir la continuación o el inicio de una nueva línea de investigación sobre tal descubrimiento, siempre que se cumplan estrictos deberes de control jurisdiccional.

Es jurisprudencia consolidada del T.S., que admite esta doble posibilidad de validez probatoria de los nuevos conocimientos adquiridos como consecuencia de un hallazgo casual, si bien bajo la exigencia de una inmediata puesta en conocimiento al Juez de

²²⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 69 y ss, considera que la sospecha o “notitia criminis” que pueda obtenerse de forma casual durante el curso de una investigación por un presuntos hechos delictivos distintos, puede dar lugar al inicio de una instrucción independiente a fin de averiguar tales conocimientos obtenidos casual o fortuitamente. Prácticamente en idénticos términos se pronunció la S.T.S. de 11.10.1994, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Ferreiro: “(...) no puede renunciarse a investigar la ‘notitia criminis’ incidentalmente descubierta en una investigación dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque”. Por su parte, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 134, entiende que los conocimientos obtenidos de forma casual no se les podrá otorgar validez probatoria en el proceso en que se autorizó la medida de injerencia, si bien es posible que dicha información sirva para iniciar una nueva investigación.

Instrucción que dirija la intervención a fin de que éste adopte una nueva resolución judicial que permita la continuación de la nueva línea de investigación -pero dentro de la ya iniciada²²⁷-, o bien el inicio de una investigación criminal independiente, en caso de existir base jurídica y fáctica para ello.

La cuestión de la validez probatoria de los hallazgos casuales ya fue tratada por el importante Auto del T.S. de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo en el llamado caso Naseiro, el cual en su F.J. 6º tras hacer expresa referencia a la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. y al art. 8 del C.E.D.H., sostuvo que en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de intervenciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, se dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente. Dicha doctrina ha sido la posteriormente sostenida en sus S.S.T.S., 2ª, de 15.07.1993, ponente Exmo. Sr. Móner Muñoz, F.J. 1º; de 20.12.1996, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto, F.J. 4º y de 07.02.1997, ponente Exmo. Sr. García-Calvo y Montiel, en su F.J. 3º.

²²⁷ Piénsese en los supuestos de delitos conexos que pudieran ser objeto de investigación en una misma causa conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la L.E.Crim, se trataría en definitiva de dictar una autorización judicial ampliatoria de la investigación que ya se halla en curso.

El T.C., en su relevante S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo²²⁸, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, siguiendo las directrices del T.E.D.H., ya se mostró muy exigente respecto a la necesidad de puesta en conocimiento de los posibles nuevos hechos delictivos al Juez de Instrucción de la causa principal así como del dictado de una nueva autorización judicial que regularice tal descubrimiento.

En cuanto a esa doble posibilidad de investigación de la *notitia criminis* antes referida, la misma es ampliamente sostenida por la doctrina jurisprudencial del T.S. Así, a fin de evitar la impunidad de graves delitos, se pronunció de forma clara y contundente la S.T.S., 2ª, de 07.03.1998, ponente Exmo. Sr. García-Calvo y Montiel²²⁹. La S.T.S., 2ª, de 12.12.2000²³⁰, ponente Exmo. Sr. Bacigalupo Zapater, así como la de 26.03.2000, ponente Exmo. Sr. Móner Muñoz, permitieron también la dualidad señalada entre una nueva autorización específica dentro de la misma causa

²²⁸ La referida resolución no podía ser más clara al concluir que: “(...) en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otro caso (S 6 de septiembre 1978 TEDH, caso Klass, caso Malone, 2 de agosto 1984, y caso Kruslin de 24 abril 1990), las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de la correspondencia y su vida privada”.

²²⁹ Concretamente su argumento es el siguiente: “(...)en los supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque. Otra cosa significaría la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación o viceversa”. (F.J. 2º).

²³⁰ Dicha sentencia da una definición del concepto de hallazgo casual, como aquel conocimiento de un hecho relevante para el descubrimiento de la comisión de una determinada infracción criminal no objeto de investigación en la actuación de injerencia.

-autorización judicial ampliatoria-, o bien que dicha resolución judicial sirva de inicio de una nueva línea de investigación.

En su sentencia de 21.07.2000, ponente Exmo. Sr. Bacigalupo Zapater, el T.S. va más allá en lo que a la exigencia del principio de proporcionalidad se refiere, al exigir que solamente puede ser utilizado como prueba aquello que se refiera a delitos que pudieran ser objeto de una intervención telefónica independiente²³¹, habiendo ya expuesto dicho criterio en su anterior sentencia de 23.11.1998, -del mismo ponente-²³², la cual admitió la validez probatoria de los llamados hallazgos casuales cuando los hechos descubiertos se refieran a delitos que hubieren justificado un Auto de injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

A la vista de lo anteriormente expuesto, considero que si casualmente de la escucha telefónica se descubren nuevos hechos posiblemente constitutivos de un delito distinto al investigado inicialmente pero relacionados con éste, dichas nuevas circunstancias deben ser puestas inmediatamente en conocimiento del Juez instructor de la causa, a fin de que el mismo dicte la

²³¹ Para exponer dicha conclusión, el Alto Tribunal resume cuál es el tratamiento que los ordenamientos alemán e italiano dan a los hallazgos casuales, en su F.J. 4º: “El parágrafo 100 b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art. 389 CPrP (ver art. 270 del mismo código)”.

²³² En su F.J. 1º tras hacer referencia a la doctrina jurisprudencial anterior estableció en relación a los hallazgos casuales de pruebas: “... cuya utilización no afecta ningún derecho del acusado, si se trata de un delito respecto del cual tales elementos probatorios hubieran podido ser obtenidos a través de una intervención telefónica o una diligencia de entrada y registro, etcétera”.

resolución judicial que proceda, bien sea ampliatoria, siguiéndose la investigación en la misma causa, o bien en caso de evidenciarse un delito totalmente independiente -novación del objeto penal- o la participación de una tercera persona, dictarse una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la correspondiente causa, si concurrieren todos los requisitos necesarios para ello.

4) Deber de motivación.-

4.1) Análisis del deber de motivación de la resolución judicial de autorización de intervención de las comunicaciones telefónicas.

El deber de motivación de la autorización de intervención de las comunicaciones telefónicas se configura como un requisito de orden constitucional y no de mera legalidad ordinaria conforme reiterada y pacífica doctrina del Tribunal Constitucional, línea jurisprudencial representada por la ya comentada S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón²³³.

Es especialmente relevante la importancia que posee la motivación de la resolución judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas puesto que permite el conocimiento y el control de los presupuestos necesarios para su adopción, al exigir

²³³ En el mismo sentido se han pronunciado las S.S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre y S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio, ambas del mismo ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio y respecto a las resoluciones del T.S., entre las más recientes cabe citar el A.T.S., 2a, sección 1ª, de 28.02.2007, ponente Exmo. Sr. Saavedra Ruiz y A.T.S., 2a, sección 1a, de 18.01.2007, ponente Exmo. Sr. Andrés Ibáñez.

que se hagan constar expresamente los fines a los que se dirige la medida, los indicios que la justifican así como las razones que demuestran su necesidad e idoneidad. En definitiva, la motivación significa la exteriorización de las razones por las cuales se adopta la autorización judicial de injerencia, lo que es fundamental para que el sujeto afectado pueda posteriormente impugnar tal decisión cuando considere que vulnera sus derechos legítimos.

Es jurisprudencia pacífica y consolidada del T.S. que interpreta el requisito de la motivación en tal sentido. Así entre sus más importantes iniciales pronunciamientos cabe destacar el Auto de 18.06.1992 (llamado caso Naseiro)²³⁴, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, la S.T.S. 31.10.1998, Ponente Exmo. Sr. García-Calvo y Montiel²³⁵ y la S.T.S., 2ª, de 22.12.1998, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo, las cuales consideraron como exigencia esencial del requisito de motivación el exteriorizar las razones en que se fundamenta la autorización judicial que limita el derecho fundamental del afectado, de tal manera que al conocerlas, éste podrá ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva impugnándolas a través de los recursos legalmente previstos en nuestro

²³⁴ El referido Auto 18.06.1992 realizó un profundo análisis en orden a la motivación, disponiendo que dicho requisito supone “la exteriorización de los criterios en los que se apoya la decisión judicial; en la que también actúa la proporcionalidad, pues a mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación; sin que sea correcto extender autorizaciones prácticamente en blanco, siendo preciso, por el contrario, una motivación razonable, lo que no quiere decir, desde luego exhaustiva, que habrá de mantenerse en secreto mientras la investigación se realiza”. (F.J. 4º).

²³⁵ La citada S.T.S. de 31.10.1998 expresó con una gran claridad qué debe entenderse por el requisito o garantía de la motivación, estableciendo que no es exigible que la resolución judicial de autorización tenga una extensión determinada, sino que es suficiente que se expresen las razones que justifiquen la injerencia de tal modo que pueda entenderse el por qué de la decisión adoptada, debiéndose estar al caso concreto para poder determinar el cumplimiento o no de tal requisito.

Ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, sólo en la medida que en el Auto judicial se expresen las razones y fundamentos de su adopción, podrá comprobarse posteriormente la idoneidad y necesidad de la medida limitativa del derecho fundamental²³⁶.

Centrándonos en el análisis del art. 579 de la L.E.Crim, es de destacar que sus apartados 2º y 3º, exigen que la resolución habilitante de injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones ha de ser motivada²³⁷, no siendo tal exigencia exclusiva de la restricción del derecho fundamental del art. 18.3 C.E. sino que es de aplicación a todas las resoluciones judiciales que afecten a los derechos fundamentales de la C.E.

Precisamente en este sentido se pronunció de forma clara y contundente la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, con cita de la S.T.C. 26/1981, de 17 de julio, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, la cual tras indicar que

²³⁶ En este sentido, la importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón y entre las más recientes S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas y S.T.C. 167/2002, de 18 de septiembre, del mismo ponente y entre las más destacables S.S.T.S., cabe citar las de 04.07.2003, de 29.04.2004 y de 03.02.2006, siendo en todas ellas ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar, la cual estimó el recurso interpuesto por vulneración del art. 18.3 C.E. por insuficiencia de motivación judicial de la injerencia puesto que consideró que si bien es posible el cumplimiento del requisito de la motivación por remisión al oficio policial, en el caso enjuiciado al no contener el oficio policial los indicios delictivos suficientes que justificasen la medida, el Órgano judicial de instancia debería haber aportado nuevos razonamientos al estudio de los indicios, por lo que al no haberlo hecho, el T.S. procedió a declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas iniciales, las cuales conllevaban por la conexión de antijuricidad, la ilicitud del resto del material probatorio que se encontraba directamente relacionado con las escuchas telefónicas (ocupación de droga y registro domiciliario).

²³⁷ El art. 579 L.E.Crim. no es el único que exige el carácter motivado de la resolución sino que también el art. 1º, apartado 3º de la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal hace referencia expresa a la necesidad de decisión judicial motivada.

toda resolución que limite o restrinja un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado (principio de cognoscibilidad del juicio de proporcionalidad), sostuvo que la resolución habilitante ha de revestir la forma de Auto²³⁸. Asimismo la S.T.C. 62/1982, de 15 de octubre, ponente Exmo. Sr. Gómez-Ferrer Morant, ya había señalado que la resolución judicial de limitación de un derecho fundamental tiene que estar motivada “de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado”.

Además también procede hacer referencia a la S.T.C. 14/1991, 2ª, de 28 de enero, ponente Exmo. Sr. Rubio Llorente, la cual entendió que la obligación de motivar las sentencias que establece el art. 120.3 C.E. es extensible a los Autos puesto que desde la tutela judicial efectiva existen idénticas razones para exigir la motivación en ambos tipos de resoluciones. Por su parte la S.T.S. de 04.02.1997, 2ª, ponente Exmo. Sr. Móner Muñoz, estableció que la motivación es necesaria porque “al margen del artículo 120.3 de la C.E., cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales, es preciso encontrar una causa suficientemente explicada que haga comprender al titular del

²³⁸ Sobre la categoría que debe tener la autorización judicial de intervención de las comunicaciones telefónica, damos por reproducido lo apuntado en el apartado relativo a los Precedentes históricos en nuestro país del art. 18.3 de la C.E., si bien es conveniente recordar que las diversas enmiendas que en el debate constituyente se interpusieron para que la resolución del Juez fuese motivada, se rechazaron.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que es especialmente claro el análisis que realiza RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. págs. 81 y ss., con el cual comparto el criterio que la resolución judicial debe revestir la forma de Auto, y no de providencia ni de Sentencia, puesto que ello se infiere de lo dispuesto en los arts. 245.1.b) y 290 de la L.O.P.J.

derecho limitado, las razones por las que ese sacrificio necesario se consuma”.

Inciendo en el requisito de la motivación, la S.T.S. 07.11.1997, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto, dispuso que este requisito se configura como una garantía (entre las más cualificadas) que es común a todas las resoluciones judiciales, la cual se deriva de los arts. 24.1 y 120.3 de la C.E. en relación con el art. 248 L.O.P.J., y que se entronca con el principio de legalidad y el complementario de la no arbitrariedad, a los que deben someterse los poderes públicos (F.J. 5º).

La jurisprudencia del T.S. ha establecido cuáles son los tres pilares que integran el contenido de la motivación de la resolución judicial: existencia de un hecho constitutivo de delito, quienes pueden ser sus autores y cuál es la fuente de conocimiento. Conforme al Alto Tribunal si concurren tales hechos, el Juez ya puede resolver si adopta la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (S.S.T.S. de 15.04.1999, 2ª, ponente Exmo. Sr. Martínez Arrieta y entre las más recientes la S.T.S., 2ª, sección 1ª, de 27.02.2007, ponente Exmo. Sr. Colmero Menéndez de Lurca, en cuyo F.J. 1º, dispuso que debe limitarse objetivamente la medida de intervención telefónica en el sentido de precisar los hechos que se están investigando, así como subjetivamente, identificando a la persona sospechosa,

vinculándola con las líneas telefónicas que se pretenden intervenir)²³⁹.

En cuanto a la interpretación hermenéutica del art. 579 L.E.Crim. por parte de la doctrina y el contenido mínimo del requisito de la motivación²⁴⁰, RODRÍGUEZ LAINZ²⁴¹ coincide en señalar que los tres pilares sobre los que ha de incidir básicamente la motivación se hallan justamente al responder a tres preguntas: qué es lo que se investiga; contra quién ha de dirigirse la investigación y cuál es la fuente de conocimiento. Ahora bien, el referido autor considera que no debe aplicarse especial rigorismo en la fundamentación de la resolución judicial que adopte la medida, discrepando de ciertas resoluciones del T.S.²⁴² que según el mismo requieren una exigencia mayor a la motivación, puesto que entiende que si se llega a altos niveles de exigencia se llegaría a una situación en que la propia investigación ya no sería necesaria por existir indicios suficientes de criminalidad.

Ahora bien tal doctrina jurisprudencial del T.S. de la cual disienta RODRÍGUEZ LAINZ, ha quedado superada toda vez que la actual tendencia de la doctrina jurisprudencial del T.S. es la de considerar que la resolución judicial que autorice la injerencia debe

²³⁹ En el mismo sentido se han pronunciado las S.S.T.S., 2a, sección 1a, de 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer y de la misma Sala y sección, de 09.04.2007, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre.

²⁴⁰ Resulta interesante la síntesis de opiniones doctrinales que realiza sobre dicha cuestión RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La Intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, ob.cit., págs. 106 a 108.

²⁴¹ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. págs. 83 y 84.

²⁴² Concretamente RODRÍGUEZ LAINZ discrepa de las S.S.T.S. 19.12.1997, ponente Exmo. Sr. Soto Nieto; de 16.11.1999 y de 26.02.2000, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Mórner Muñoz y de 06.11.2000, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo.

motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hechos delictivos y que la solicitud y la adopción guarda la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado, ya que una mayor exigencia sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, “(...) pues que cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia” conforme la S.T.S. de 09.04.2007, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre, con expresa cita de las S.S.T.S. de 01.03.2006 y de 18.04.2006, ambas del mismo Magistrado ponente.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ²⁴³, critica la redacción del art. 579 L.E.Crim. puesto que el mismo únicamente exige que la resolución sea motivada, sin hacer mención alguna sobre cuál ha de ser el contenido mínimo de la motivación, lo cual considera que es esencial a fin de garantizar al afectado el conocimiento de las razones que llevaron al Juez a adoptar la medida, y el posterior necesario control judicial de la misma. El referido autor, al igual que la mayoría de la doctrina²⁴⁴, estima que es posible aplicar el art. 583 de la L.E.Crim.- relativo a la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas- a fin de suplir la

²⁴³ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 79 y ss.

²⁴⁴ Efectivamente RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob. cit., pág. 88, expresa el mismo parecer en el sentido de que la L.E.Crim. no menciona qué circunstancias debe contener el Auto de autorización de intervención de comunicaciones telefónicas a diferencia de lo que sucede en la interceptación de la correspondencia o telegramas, pudiéndose en consecuencia aplicar el art. 583 de la L.E.Crim. a las comunicaciones telefónicas.

insuficiencia del redactado del art. 579 del mismo Texto Legal, conforme al cual en la autorización judicial de injerencia debe constar expresamente el delito perseguido, el sujeto objeto de la medida, la duración por la que se acuerda la medida, los teléfonos a intervenir, la forma de ejecución y su duración.

Dicho criterio doctrinal ha sido también el aplicado por la jurisprudencia del T.C. el cual ha estimado que en el Auto de autorización judicial de intervención de comunicaciones telefónicas, también debe indicarse sobre qué comunicaciones concretas se autoriza su interceptación, con expresa mención a los números de teléfono intervenidos así como las personas objeto de la intervención.

Así, en su S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, declaró la inconstitucionalidad de la intervención de conversaciones telefónicas de una persona no expresamente mencionada en el Auto judicial de prórroga de la intervención (F.J. 4º) y en su S.T.C. 54/1996, de 26 de marzo, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra, que también declaró la inconstitucionalidad de una resolución judicial de intervención telefónica que únicamente recogía los números de teléfono intervenidos pero no las personas afectadas por la medida, si bien las mismas eran fácilmente determinables (F.J. 8º).

Respecto al alcance del contenido sustancial de la motivación FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁴⁵, estima que el mismo estará en

²⁴⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit, pág. 135.

función del caso concreto por lo que no puede determinarse de forma apriorística, considerando al mismo tiempo que no es recomendable el uso de formularios o resoluciones estereotipadas para cumplir las exigencias de motivación.

Precisamente la cuestión de cuál ha de ser el contenido del Auto de autorización para la intervención de comunicaciones telefónicas, ha suscitado un polémico debate tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial sobre si es posible la utilización de impresos o formularios estereotipados para acordar una medida de intervención de las conversaciones telefónicas. Asimismo también se ha cuestionado la validez o no de la motivación por remisión al oficio policial de solicitud de autorización judicial de intervención.

El referido debate sobre la posible utilización o no de fórmulas o impresos estereotipados ha experimentado una marcada evolución, puesto que si bien la jurisprudencia de hace aproximadamente una década se oponía prácticamente de forma unánime a la utilización de impresos, actualmente la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia tanto del T.S. como del T.C. así como la doctrina, es la aceptación del uso de modelos normalizados si bien con ciertas condiciones o exigencias, puesto que se requiere que dichos impresos estén dotados de un cierto margen que permita atender a las particulares circunstancias de cada caso concreto y que garanticen al mismo tiempo al afectado conocer el contenido mínimo de la motivación o dicho de otro modo las razones que han servido de fundamentación para la adopción de tal decisión -principio de cognoscibilidad del juicio de proporcionalidad-.

Efectivamente, entre las iniciales resoluciones del T.S. contrarias al uso de fórmulas no individualizadas, procede citar la S.T.S. de 12.01.1995, ponente Exmo. Sr. Martín Canivell, la cual no otorgó valor probatorio alguno a las intervenciones acordadas en un Auto con una fórmula no individualizada, que no hacía referencia alguna al caso concreto, sin que tampoco en la solicitud de la policía de tal medida constase el delito objeto de investigación; por su parte la S.T.S. de 15.10.1996, ponente Exmo. Sr. Manzanares Samaniego, consideró que no se cumplía el requisito de la motivación con una simple remisión “a todo lo actuado” puesto que en tal caso nos hallaríamos ante una paradójica situación de motivación vacía en el propio Auto, y en definitiva, en la posterior Sentencia. Asimismo la S.T.S. 30.12.1995, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín, consideró carente de fundamentación fáctica la resolución judicial que en un formulario hacía una referencia genérica a una comunicación de la Brigada de Régimen Interior de Policía.

La S.T.S. de 23.01.1995, 2ª, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín, dio un paso más allá, toda vez que si bien prevenía sobre la utilización de impresos y formularios, no se oponía a que la petición policial integrase los antecedentes de hecho del Auto de injerencia en aquellos casos específicos en que la petición policial estuviese suficientemente razonada y justificada.

La S.T.S. 20.02.1999, 2ª, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín (F.J. 3º), y la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadiño, marcan una nueva tendencia de ambos Tribunales de

permitir con ciertas limitaciones el empleo de formularios siempre y cuando se garantice al sujeto afectado el acceso al contenido motivador mínimo de las resoluciones judiciales de autorización de injerencia en el derecho fundamental del art. 18.3 C.E.

Concretamente, la citada S.T.S. de 20.02.1999 se mostró partidaria de la técnica del impreso o formulario si bien recomendaba el empleo de espacios reservados a otros argumentos a fin de poder individualizar cada caso concreto²⁴⁶. Precisamente el criterio apuntado es el compartido por un sector doctrinal, como es el caso de RODRÍGUEZ LAINZ²⁴⁷, el cual es favorable a la normalización de las resoluciones judiciales de intervención de las comunicaciones telefónicas, por cuanto hay una serie de cuestiones que siempre serán las mismas, tales como la cita de las normas reguladoras del principio de proporcionalidad o del plazo de duración, por lo que resulta innecesaria su reiteración, siempre que se dejen espacios en los que especificar las circunstancias concretas del caso con especial atención a los indicios delictivos al juicio de ponderación, criterio que comparto plenamente.

Por su lado la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, tras establecer que toda resolución judicial que restrinja un derecho fundamental debe estar motivada, precisó que lo verdaderamente importante en relación al contenido mínimo de

²⁴⁶ Efectivamente su F.J. 3º dispone: “(...) no es ocioso recomendar que se añadan razonamientos ad hoc, con objeto de individualizar cada una de las resoluciones adoptadas”.

²⁴⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. págs. 85 y ss., el cual critica a un sector doctrinal representado por GIMENO SENDRA y URÍA MARTÍNEZ, que son partidarios de una mayor exigencia al requisito de motivación.

la motivación es “la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso”.

Tras los referidos pronunciamientos judiciales, los Altos Tribunales aceptan el empleo de formularios que permitan al sujeto afectado el conocimiento de las razones que han motivado la adopción de tal decisión, y al mismo tiempo no son contrarios a estimar cumplida la garantía de motivación con la técnica de remisión al contenido de la solicitud policial.

Un ejemplo de ello es la S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas, la cual tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre la finalidad del requisito de motivación- accesibilidad al juicio de idoneidad y necesidad de la medida y sobre la existencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se basa la decisión judicial- estimó que la resolución judicial debía considerarse motivada si se remitía a una solicitud policial de adopción de la injerencia que cumpliera con las exigencias necesarias para llevar a cabo el juicio de ponderación.

Las S.S.T.C., 2ª, 202/2001, de 15 de octubre²⁴⁸, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez, y S.T.C., 2ª, 138/2001, de 18 de junio, ponente Exmo. Sr. González Campos, se mostraron de forma clara y contundente partidarias a la utilización de formularios impresos cuando las solicitudes de intervención (oficios policiales) a las que se remitían estaban debidamente fundamentadas.

²⁴⁸ De forma rotunda consideró admisible en su F.J. 5º: “(...)la posibilidad de integrar en el análisis de la resolución judicial la solicitud a la que ésta responde”.

Sin embargo, tras la doctrina sentada por las indicadas sentencias, el T.C. en su n° 299/2000, de 11 de diciembre, basándose en anteriores resoluciones, en particular en las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril y n° 181/1995, de 11 de diciembre, se mostró nuevamente contrario a la utilización de impresos o formularios y a la posibilidad de cumplimiento del deber de motivación con la remisión al oficio policial, sirviendo así de soporte a una línea jurisprudencial del T.S. muy crítica con la técnica de remisión a los oficios policiales²⁴⁹ y partidaria de un control jurisdiccional muy estricto en lo que al deber de motivación se refiere, en contra de la doctrina jurisprudencial mayoritaria que acepta la indicada técnica también conocida como heterointegración argumentativa.

Actualmente dicha polémica jurisprudencial ha sido resuelta en el sentido que tanto el T.S. como el T.C. a pesar de reconocer que no es una práctica muy recomendable la remisión a la solicitud policial, sostienen que la motivación debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción, sin que ello suponga en modo alguno la nulidad de lo actuado. Así se ha pronunciado la reciente

²⁴⁹ Esta línea jurisprudencial del T.S. está representada por las S.S.T.S. de 22.05.2001, ponente Exmo. Sr. Andrés Ibáñez; de 25.06.2001, ponente Exmo. Sr. García Ancos y 23.07.2001, siendo nuevamente ponente el Exmo. Sr. Andrés Ibáñez, las cuales hacen expresa cita a la S.T.C. 181/1995, 1a, de 11 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Cruz Villalón, conforme a la cual: "(...) quien adopta la decisión de limitar el derecho fundamental y establece en qué términos tendrá lugar dicha restricción es, constitucionalmente, el órgano judicial, quien no puede excusar su deber de resolver y motivar lo resuelto con la simple remisión a los motivos que aduzcan otro poder no judicial".

S.T.S. de 09.04.2007, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre, la cual hace expresa referencia a los más relevantes pronunciamientos dictados sobre la materia, como las S.S.T.C. de 123/1997, de 1 de julio, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo; y entre las resoluciones del T.S., las S.S. de 18.09.2002, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón y de 02.11.2004 y de 15.09.2005, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Luarca²⁵⁰.

Atendida la gran relevancia de que dispone el deber de motivación, estimo imprescindible que la resolución judicial de una medida de intervención telefónica- con independencia de que la misma haga uso de un modelo estereotipado- especifique las circunstancias concretas del caso con especial atención a los indicios delictivos concurrentes.

4.2) Deber de motivación de la resolución judicial de prórroga de una medida de intervención telefónica.

Igual exigencia de motivación requiere la resolución que acuerde la prórroga de intervención telefónica de conformidad con doctrina pacífica y consolidada del T.C. representada por las

²⁵⁰ Dicha resolución estableció de forma clara en su F.J. 2º que: “En cuanto a la falta de motivación, hemos señalado en anteriores ocasiones que es posible, aunque no deseable, la motivación por remisión a la solicitud policial, si bien limitada estrictamente a la aceptación de los datos objetivos que consten en la misma y no a las razones que de los mismos se extraigan para acordar la restricción del derecho fundamental, pues este es un aspecto que solo concierne al Juez”. Asimismo la S.T.S., 2a, de 21.06.2004, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín, en cuyo F.J. 1º estableció: “Es conocido que la línea jurisprudencial más consolidada, viene admitiendo la justificación o motivación de los autos judiciales, por remisión a los oficios policiales en los que se hace la solicitud de intervención de las conversaciones telefónicas”.

S.S.T.C., 1ª, nº 181/1995, de 11 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Cruz Villalón, la cual otorgó el amparo toda vez que la prórroga de la medida de intervención telefónica se autorizó mediante providencia y no Auto, en la cual únicamente se disponía: “Como se pide, se prorroga la intervención del teléfono por un mes. Líbrense los correspondientes oficios”. El T.C. estableció que las garantías observadas al autorizar la intervención inicial también deben concurrir en las posibles resoluciones posteriores de prórroga²⁵¹, esto es, deben indicarse nuevamente las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la prórroga de la intervención.

La doctrina expuesta ha sido seguida por las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón y 171/1999, de 27 de septiembre, S.T.C. 14/2001, de 29 de enero (F.J. 5º), ponente Exmo. Sr. González Campos; S.T.C. 219/2006, de 3 de julio, ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio así como S.S.T.C. 1ª, 239/2006, de 17 de julio, del mismo ponente, la cual consideró que carecía de base alguna la queja de los recurrentes relativa a la falta de motivación de los Autos de prórroga toda vez que los mismos se remitían a los oficios policiales, resultando plausible su integración con los mismos, y S.T.C. 253/2006, de 11 de septiembre, ambas del mismo ponente, la cual concluyó que los Autos de prórroga de intervenciones telefónica adolecían de motivación (F.J. 5º); la S.T.C. 150/2006, de 22 de mayo, ponente Exmo. Sr. Pérez Tremps, que estimó que los Autos de prórroga no carecían de motivación toda vez que los mismos se remitían

²⁵¹ Téngase presente que conforme a lo dispuesto en el art. 579.3 L.E.Crim. la medida de intervención telefónica puede acordarse por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos.

expresamente a los oficios policiales, a los cuales se acompañaban los resúmenes de las transcripciones, resultando posible su integración con los mismos (F.J. 5º).

En definitiva, la doctrina jurisprudencial ha matizado que lo que resulta constitucionalmente inaceptable es que la resolución judicial que autorice una prórroga de una medida de intervención telefónica no haga mención alguna a las razones que la justifiquen, mientras que sí que resultan válidas y admisibles las resoluciones de prórroga que se remitan al Auto inicial de adopción de la medida²⁵².

5) Control judicial de la medida de intervención telefónica.

El control judicial de la intervención telefónica autorizada es un requisito de validez constitucional y no de mera legalidad ordinaria conforme pacífica y consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo de destacar la S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo²⁵³, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera, cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada por importantes pronunciamientos posteriores, tales como las S.S.T.C. 49/1999, de

²⁵² Un claro ejemplo de ello es la S.T.S., 2a, de 21.09.1998, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo, remitiéndose por lo que a la jurisprudencia del T.C. se refiere, a la relacionada en el párrafo anterior, siendo de destacar las S.S.T.C. 239/2006, de 3 de julio, ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio y la S.T.C. 150/2006, de 22 de mayo, ponente Exmo. Sr. Pérez Tremps.

²⁵³ El F.J. 3º de la S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo, establece al respecto del indicado requisito: “El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término conocer los resultados obtenidos con la intervención”.

5 de abril²⁵⁴, ponente Exmo. Sr. Vives Antón (F.J. 11º) y nº 166/1999, de 27 de septiembre²⁵⁵, ponente Exmo. Sr. García Manzano (F.J. 3º).

²⁵⁴ La referida sentencia hace referencia al carácter constitucional de la exigencia de control judicial en dos ocasiones, la primera en su F.J. 5ª en los siguientes términos: “Igualmente, queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación”, así como en su F.J. 11º al concluir: “(...) por tanto, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad”.

²⁵⁵ Esta resolución incide nuevamente en el requisito del control judicial en su F.J. 3.c): “El control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación judicial de los períodos en los que debe darse cuenta al juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la Policía”.

²⁵⁶ La doctrina mayoritaria sostiene que ponderados el derecho de defensa del art. 24 C.E. y la posibilidad de intervención judicial de las comunicaciones telefónicas, lo más acorde con la C.E. es la notificación de la medida de intervención telefónica a la persona del investigado una vez la misma ha finalizado, a fin de evitar que la misma se torne inefectiva, notificación que debe realizarse con independencia del resultado obtenido, a fin de que el afectado pueda interponer los recursos que procedan, si bien la doctrina reconoce la poca efectividad práctica que dichos recursos puedan tener. De este parecer son RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 223 al sostener expresamente: “(...) la existencia del acto de injerencia debe ser puesta en conocimiento del investigado para que pueda hacer uso de sus legítimas expectativas procesales”, concretando cuáles son esas legítimas expectativas: “(...) pasando por la eventual utilización de los recursos que caben contra la referida resolución, tanto en lo que se refiere a la resolución autorizante como al desarrollo de la ejecución de la medida y control judicial”; MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 132 y ss. apuntando dicho autor las posibles críticas por la probable ineficacia de los recursos que eventualmente se interpusieren a posteriori: “Podría argumentarse, ciertamente, que de poco sirve al afectado interponer *a posteriori* un recurso, cuando la lesión de sus derechos, de haberse producido, ya es inevitable. Pero no se pueden negar los efectos preventivos que comporta la solución apuntada, pues, consciente el juez de esta posibilidad, se verá incentivado su rigor a la hora de la correcta motivación de la resolución y de la adecuada supervisión y control de la práctica de la diligencia, en garantía todo ello de los propios afectados”. Así como LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 128, el cual sostiene que la notificación de la medida de intervención telefónica no debe hacerse únicamente al sujeto pasivo de la misma sino también a cualquier persona que haya resultado afectado por la misma, pudiendo controlar, tras haber sido notificados, si las resoluciones que acordaron la intervención de sus comunicaciones telefónicas cumplieron con los

La fundamentación de la exigencia de control judicial de la medida de intervención telefónica válidamente autorizada por el Tribunal competente radica en el hecho de que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, y toda vez que atendida la finalidad de tal medida no es posible el ejercicio del derecho de defensa del investigado en el momento de su adopción- al no notificársele la medida hasta su finalización²⁵⁶-, es necesario su control posterior a fin de garantizar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la misma, conforme reiterada jurisprudencia del T.C., S.S.T.C. 259/2005, 1ª, de 24 de octubre, ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio, F.J. 2º, así como la S.T.C. 299/2000, de 11 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas, F.J. 4º y la reciente S.T.C. 146/2006, de 8 de mayo, ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio, F.J. 4º.

A diferencia de la fundamentación del control judicial de la medida, la delimitación o concreción de las exigencias propias del control judicial de la intervención telefónica autorizada, no es una

requisitos exigidos, y asimismo la notificación les permitirá conocer los resultados obtenidos y en consecuencia, solicitar la destrucción de aquellos aspectos que no tengan relación con la causa. Sin embargo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 201, mantiene una postura opuesta a la anteriormente expuesta, al considerar que el Auto que aprueba la medida ha de ser notificado al Ministerio Fiscal y a las partes personadas – ya que exige como requisito para la adopción de la medida el que haya recaído auto de procesamiento-, y para el supuesto de que la persona afectada por la medida no fuera parte personada, también se le debe comunicar la adopción de la medida en virtud de lo dispuesto en el art. 118 L.E.Crim..

cuestión pacífica sino que existen posiciones claramente divergentes a nivel jurisprudencial.

En el extremo más formalista, se halla la S.T.S., 2a de 12.04.1997, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín, la cual exige un control judicial muy exhaustivo de la medida de intervención telefónica, que se materializa entre otros requisitos, en la necesidad de transcripción literal del total contenido de lo grabado con citación de las partes, la identificación nominal de los agentes encargados de la vigilancia y la conservación de las cintas originales.²⁵⁷

²⁵⁷ Concretamente la indicada sentencia al relacionar los requisitos exigidos por el T.S. en orden a la autorización judicial de intervención de comunicaciones telefónicas, atribuye seis de las ocho exigencias al control judicial, tal y como se desprende de su F.J. 4ª, que es del tenor literal siguiente:

“La jurisprudencia de esta Sala ha ido interpretando y supliendo las carencias del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratando de dar una exacta dimensión a las decisiones judiciales que autorizan una invasión del secreto de las comunicaciones. En esencia se exige:

- a) Una resolución judicial autorizando la interceptación de las conversaciones telefónicas.
- b) Que la resolución judicial que adoptara la forma de auto, está suficientemente motivada en atención a las circunstancias del caso concreto.
- c) Que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención.
- d) Que se designen los funcionarios de la policía judicial a los que se encomienda la práctica de las escuchas.
- e) Que se señale un plazo en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica.
- f) Que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado.
- g) Que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes.
- h) Que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral.

La sentencia dictada ya tenía diversas resoluciones precedentes muy exigentes en el control judicial de la medida, habiendo establecido la S.T.S., 2a, de 11.10.1994, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Ferreiro, en su F.J. 1º, c): **“Como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar, el Juez ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que el control debe ser exquisito y riguroso”** (negrilla mía). En idénticos términos, S.S.T.S., 2a, de 08.02.1997, ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid (F.J. 2º, c); de

Por el contrario, la S.T.S., 2ª, de 22.01.1996, ponente Exmo. Sr. Martín Canivell²⁵⁸ se sitúa en el extremo opuesto en lo que a las exigencias del control judicial se refiere, señalando la misma que lo realmente decisivo es que el Juez de Instrucción no se desentienda de la interceptación telefónica acordada y la controle en la medida de lo posible.

Expuestas tales posiciones, conviene precisar qué debe entenderse por seguimiento y control judicial, habiendo concluido la S.T.S., 2ª, de 12.12.2000, ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar, que puede afirmarse que tal requisito se cumple siempre que el Juez conozca el alcance de las conversaciones, su incidencia en el delito que se investiga, la necesidad de su prórroga y, en su caso, el cese de las mismas. La fase de seguimiento y control judicial, incluye diversas funciones, tales como la remisión de las cintas originales íntegras al Juzgado, la selección de los pasajes más

19.10.1996, ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid (F.J. 1º, c) y de 04.02.1997, ponente Exmo. Sr. Mórner Muñoz (F.J. 2º, c).

²⁵⁸ Es el F.J. 1º de la referida sentencia el que establece los requisitos exigidos para que las escuchas telefónicas tengan posteriormente valor probatorio, con expresa cita de las S.S.T.S., 2ª, de 25.03.1994, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín y de 12.01.1995, ponente Exmo. Sr. Martín Canivell: “En efecto, la jurisprudencia de esta Sala viene requiriendo el cumplimiento de otras exigencias, además de las antes expresadas para que el resultado de las escuchas tenga valor de prueba: 1.º) Control judicial riguroso de la intervención telefónica, no sólo de su iniciación, sino también del desarrollo y cesación de la medida, rigor especial y doblemente exigible, teniendo en cuenta el desconocimiento en que ha de estar, por razones obvias, el vigilado de la vigilancia a que es sometido, 2.º) entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde se hayan recogido y consten las conversaciones detectadas, sin que puedan admitirse previas manipulaciones y selecciones de su contenido por parte de la policía y 3.º) conservación judicial del soporte original conteniendo lo recogido en las intervenciones y posibilidad de su audición con presencia de las partes interesadas”.

relevantes de las conversaciones grabadas o la transcripción de las mismas.

Un aspecto en el que existe una clara unanimidad es en la necesidad de la remisión de la totalidad de las cintas originales que contienen las conversaciones grabadas del sujeto investigado al Juzgado que está instruyendo la causa, tal y como ya dispuso el relevante Auto del T.S., 2ª, de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, en el llamado caso Naseiro: “...entrega al órgano judicial de los soportes originales e íntegros, no copias parciales, en las que consten las conversaciones intervenidas y las observaciones realizadas”, doctrina que ha sido posteriormente reiterada en las S.S.T.S., 2ª de 19.06.2000, ponente Exmo. Sr. Abad Fernández, que entiende que lo realmente trascendente es que las cintas estén incorporadas en su totalidad a la causa, a disposición por tanto, del Juzgado de Instrucción, a fin de que puedan ser oídas por las partes si estas así lo solicitan²⁵⁹, así como la sentencia de 02.12.2005, 2ª, ponente Exmo. Sr. Granados Pérez, la cual estimó que hubo un correcto control judicial por parte del Tribunal de Instancia, con remisión de las cintas originales con sus transcripciones, que fueron cotejadas por el Secretario judicial, habiendo sido las cintas puestas a disposición de las partes, y escuchadas en el acto del plenario con cumplido acatamiento del principio de contradicción.

²⁵⁹ Además la indicada sentencia también puntualizó que la transcripción de las conversaciones grabadas no es una exigencia establecida por el art. 579 de la L.E.Crim., sino que su realización obedece más a la costumbre que a las necesidades de control judicial.

Cuestión que considero especialmente interesante es si es necesaria la intervención judicial en la selección de los pasajes de las conversaciones más relevantes para la causa así como en la labor de transcripción parcial del contenido de las conversaciones grabadas, como una forma de salvaguardar al máximo el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado y al mismo tiempo tratar que únicamente tenga acceso a la causa lo estrictamente indispensable, y en definitiva, evitando que pueda resultar afectado el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) de terceras personas en modo alguno relacionadas con el proceso.

Respecto a la exigencia o deber de selección por parte del Juez de Instrucción de los pasajes más relevantes para la causa, la ya citada S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón, configuró dicho requisito como indispensable y dotado de contenido constitucional, a fin de separar lo útil de lo que pueda resultar superfluo para la investigación, fundamentando dicha decisión en el respeto al secreto de las comunicaciones del investigado y del derecho a la intimidad de terceras personas²⁶⁰.

²⁶⁰ Efectivamente en el F.J. 11º de la citada S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, se exigieron para el control de las comunicaciones telefónicas los mismos requisitos que para otro tipo de comunicaciones –entendiéndose los deberes de selección propios de las comunicaciones postales y telegráficas- al establecer expresamente: “En efecto, al analizar la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones hemos indicado que, en su realización, es preciso el respeto de «requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones» (STC 85/1994, fundamento jurídico 3º)”;

Posteriormente, la comentada sentencia incide nuevamente en la importancia de la selección de aquellos hechos que realmente resulten relevantes para la causa, siendo necesario para ello la intervención judicial, disponiendo que: “...la necesidad de control judicial que el art. 18 CE establece, no se colma con exigir que las eventuales prórrogas valoren los resultados hasta entonces alcanzados en el curso de la investigación, sino que, una vez finalizada la intervención y alzado el secreto de la medida, la intervención judicial es precisa para garantizar que sólo lo útil para la investigación del delito acceda a las actuaciones” y “Si hemos señalado que, por su contenido, sólo lo útil para la

Además la referida resolución precisó que a fin de que puedan cumplirse los principios de proporcionalidad de la medida de intervención telefónica, así como de contradicción e igualdad en la fase de instrucción, la selección debe realizarse de modo que se permita a las partes la participación en dicha selección, y máxime si posteriormente se pretende utilizar el contenido de lo grabado como prueba en el juicio oral.

Sin embargo, poco después se dictaron dos resoluciones del T.C.- S.S.T.C., 1ª, núms. 166/1999²⁶¹ y 171/1999²⁶², de 27 de

investigación del delito puede acceder a las actuaciones, ha de añadirse ahora que, **para garantizar los principios de contradicción y defensa, todo lo útil para el debate ha de acceder al proceso, y la determinación de que es útil al proceso ha de hacerse por el Juez, con participación de las partes**". (F.J.13º). (negrilla mía). En contundentes términos, hallamos la S.T.S., 2ª, 11.10.1994, exigía que la selección de los pasajes más relevantes para la causa fuera realizada únicamente por el Juez sin posibilidad de delegación al Cuerpo Policial, estableciendo en su F.J. 1º, c): "(...) **es al Juez y no a la Policía, a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa**, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad" (negrilla mía).

²⁶¹ La citada S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, desestimó la ausencia de control judicial de la medida de intervención telefónica alegada por el recurrente, el cual consideraba que dicha ausencia se evidenciaba porque la selección de las cintas no fue realizada en ningún caso por el Juez instructor de la causa (F.J. 9.c.). El T.C. concluyó que si bien era cierto que la selección de los pasajes que pudieran resultar más relevantes no la había llevado a cabo la autoridad judicial sino la fuerza policial, ello no significa que no existiera el debido control judicial ya que los informes policiales indicaban que la totalidad de las cintas originales se hallaban en poder del Grupo policial, y por tanto, a disposición del Juez en cualquier momento.

²⁶² Dicha sentencia aún va más allá al sostener que es indiferente que la selección la realice la autoridad judicial o por delegación por la correspondiente unidad de policía judicial, al disponer que: "La selección del contenido de las cintas no es una potestad exclusiva del Juez de Instrucción, al menos en el momento de búsqueda de elementos en los que basar la propia continuación del acto de injerencia. La disponibilidad de las cintas originales sí es en sí una garantía para facilitar el derecho de defensa, pero para ello nada afecta que se transcriba todo o parte de las conversaciones y que la transcripción sea realizada

septiembre, ponentes Exmos. Sres. García Manzano y Sr. Viver Pi-Sunyer respectivamente- que contradicieron dicho criterio en el sentido de que no era necesaria la intervención de la autoridad judicial en la selección de los pasajes más relevantes sino que dicha función era delegable al Cuerpo Policial, careciendo también de trascendencia que las transcripciones parciales fuesen realizadas o no por el propio Órgano judicial, siempre que las mismas estuviesen disponibles para las partes, para el caso que las quisieran utilizar como prueba.

Las posteriores resoluciones del T.C. sobre la materia²⁶³, han sostenido que la selección de los pasajes debe realizarlos necesariamente el Juez con la participación de las partes, a fin de

o no por el propio órgano judicial, bastando con la disponibilidad de la prueba en sede e instrucción si es que se pretende hacer uso de la transcripción como prueba”. Sin embargo, el T.C. estimó el motivo alegado por el recurrente de ausencia de control judicial, toda vez que no se presentaron al Juzgado las cintas originales, se seleccionaron por la fuerza policial y las cintas y su transcripción carecían de adveración del Secretario judicial. Además tampoco fueron escuchadas (las cintas) ni leídas (las transcripciones) en el juicio oral, lo cual generó la lesión de la garantía de contradicción en la incorporación del resultado de la intervención telefónica y en la práctica de la prueba durante la vista oral.

²⁶³ En este sentido se pronunció de forma clara la S.T.C. 205/2002, 2a, de 11 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Gay Montalvo, en cuyos F.F.J.J. 6º y 7º sostuvo que debe ser el Juez, con la participación de las partes, el que debe realizar la determinación de lo que es útil al proceso, concluyendo que en el caso enjuiciado hubo un deficiente control judicial toda vez que ninguno de los Jueces intervinientes en la instrucción llegó a comprobar el contenido íntegro de las conversaciones, delegándose la selección de los pasajes más relevantes, así como su transcripción, a los agentes actuantes de la Guardia Civil, por lo que hubo una evidente afección del principio de contradicción así como del derecho de defensa de los imputados.

Sin embargo, existen también sentencias posteriores que estiman que no existe irregularidad alguna en el control judicial de una medida de intervención telefónica, en aquellos casos en que la selección no ha sido realizada por el Juez sino por un miembro del Cuerpo Policial pero la totalidad de las cintas originales se hallan en el Juzgado a disposición de la Autoridad Judicial y de las partes, siendo un ejemplo de ello la S.T.S., 2a, de 02.02.2006, ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar, F.J. 2º.

que las mismas puedan conocer el alcance del contenido de todas las conversaciones, tanto las seleccionadas como las desechadas, conversaciones que deben ser incorporadas a las actuaciones como elemento de debate y eventualmente de prueba, criterio que comparto plenamente ya que de tal modo se garantiza el derecho de defensa del acusado y el principio de contradicción que debe regir en todo proceso penal, puesto que de lo contrario, el acusado al desconocer el contenido de las conversaciones desechadas se hallaría en una situación de desequilibrio procesal.

En cuanto a la necesidad de transcripción parcial del contenido de las conversaciones que sean consideradas relevantes para la causa, es posible distinguir una marcada evolución jurisprudencial que actualmente permite que dicha labor –no exigida legalmente²⁶⁴– sea realizada con intervención judicial o bien por delegación al Cuerpo Policial interviniente.

Así, en una primera fase, encontramos resoluciones como la importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón, que abogó por la necesidad de intervención judicial en la transcripción parcial del contenido de las conversaciones, ya sea en el sentido de que fuese directamente practicada o bien posteriormente contrastada por el Secretario judicial²⁶⁵.

²⁶⁴ Efectivamente, tal labor no es exigida legalmente, estando basada su existencia en facilitar el control judicial en sede de instrucción, y asimismo en tratar de evitar la vulneración del derecho a la intimidad de los investigados y de las terceras personas con los que éstos se comunican así como al secreto de lo comunicado, lo cual resultará ciertamente difícil en aquellas causas en que sean varios los sujetos imputados.

²⁶⁵ Concretamente, el F.J. 13 ° de la indicada sentencia declaró: “Además, cuando lo que accede al juicio oral como medio de prueba es la transcripción mecanográfica de las comunicaciones intervenidas así como su traducción, si

Ahora bien, tal y como hemos indicado respecto a la función de selección de los pasajes más relevantes para la causa, resoluciones posteriores del T.C. posibilitaron la delegación de la transcripción a la fuerza policial actuante²⁶⁶, sosteniendo además que la audición de las cintas originales en el juicio oral subsana cualquier deficiencia de transcripción²⁶⁷.

En efecto, la mayoría de pronunciamientos sobre la materia²⁶⁸ sí que exigen a efectos de validez de las transcripciones como prueba de cargo, que su contenido haya sido cotejado con el que aparece en las cintas originales- pues la fuente originaria de prueba es el contenido de las cintas en sí mismo y no sus transcripciones- si bien las irregularidades que hayan podido cometerse carecen de trascendencia desde el momento en que se ha procedido a la audición en el plenario de las cintas originales, en los pasajes que las partes hayan solicitado, puesto que en tal

fuera precisa, la misma, para gozar de fiabilidad, ha de haber sido practicada, contrastada o autenticada con intervención judicial, requisito subjetivo exigible cuando la documentación de una diligencia sumarial pretende utilizarse como prueba en el juicio oral (SSTC 303/1993 [RTC 1993\303], fundamento jurídico 3º, 200/1996 [RTC 1996\200], fundamento jurídico 2º y 228/1997 [RTC 1997\228], fundamento jurídico 8º): así, hemos señalado que el Juez de Instrucción es, en la fase de investigación la «única Autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba» (STC 200/1996)».

El T.S. también compartía el mismo criterio que el T.C., exigiendo que la transcripción debía hacerse con compulsas y fe del Secretario judicial, así entre muchas otras, S.T.S., 2ª, de 11.10.1994, ponente Excmo. Sr. Conde-Pumpido Ferreiro, F.J. 1º, c).

²⁶⁶ S.S.T.C., 1ª, núms. 166/1999 y 171/1999, de 27 de septiembre, ponentes Exmos. Sres. García Manzano y Sr. Viver Pi-Sunyer respectivamente.

²⁶⁷ En este sentido, S.S.T.S., 2ª, de 15.03.2005, y de 20.05.2004, siendo en ambas ponente Excmo. Sr. Saavedra Ruiz.

²⁶⁸ Entre muchas otras cabe destacar la S.T.S., 2ª, de 02.02.2006, ponente Excmo. Sr. Colmenero Menéndez de Larcía, F.J. 2º.

caso lo apreciado por el Tribunal es lo oído, y no lo leído en las transcripciones.

También la jurisprudencia del T.S. –S.T.S., 2ª, de 11.02.2002, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón, entre muchas otras- ha expuesto reiteradamente que cuando se utilizan como prueba las grabaciones originales y no las transcripciones, los vicios que pudiesen afectar a la fiabilidad de éstas son irrelevantes, S.S.T.S., 2ª, de 28.02.2003 y de 30.06.2004, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Saavedra Ruiz.

Finalmente, procede indicar que conforme pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial del T.C.²⁶⁹, el control judicial puede resultar ausente o deficiente cuando no se han fijado temporalmente los períodos en que deba darse cuenta al Juez del resultado de la restricción, cuando la policía los incumpla, pero también si el Juez que autorizó la restricción no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la misma y si desconoce el resultado obtenido en la investigación²⁷⁰.

²⁶⁹ S.S.T.C. 49/1999, ponente Exmo. Sr. Vives Antón; nº 166/1999, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr. García Manzano; nº 299/2000, de 11 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas; nº 202/2001, de 15 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez y nº 167/2002, de 18 de septiembre, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas.

²⁷⁰ Tal y como ya hemos indicado tal conocimiento derivará principalmente de la audición de las cintas, si bien también puede proceder de las transcripciones de las conversaciones que haya podido realizar la Policía o de los informes policiales que reciba puntualmente.

Respecto a la ausencia de control judicial, cabe citar la S.T.C. 26/2006, de 30 de enero, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez, la cual estimó ausencia del mismo toda vez que no se realizó ninguna audición de las conversaciones interceptadas por parte del Juez al no habersele facilitado un reproductor a pesar de haber sido solicitado, lo que según el T.C. debió traducirse en la denegación de las prórrogas solicitadas.

Por el contrario, no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas a posteriori, es decir, cuando se trata de incorporar el resultado de las conversaciones a las actuaciones sumariales, de forma que la entrega y selección de las cintas grabadas, la custodia de los originales y la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE, sin perjuicio de su eficacia probatoria²⁷¹.

En consecuencia las deficiencias en el control judicial por no entrega al Juzgado de la totalidad de las cintas o bien el hecho de que la selección de las conversaciones de interés sea realizada por el Cuerpo Policial, no implican una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones sino que afectan únicamente en la virtualidad probatoria de su resultado²⁷².

²⁷¹ Así por ejemplo, la S.T.S., 2a, de 17.02.2004, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer, con cita de la S.T.S. de 21.07.2000, ponente Exmo. Sr. Bacigalupo Zapater, concluyó que debían rechazarse las objeciones del recurrente en cuanto a la ausencia de control judicial invocada, por considerar que no puede confundirse el control judicial de la ejecución de la medida con un deber de escucha de la totalidad de la grabación, pues lo exigido es que el Juez, por sí compruebe la existencia de elementos que confirmen las sospechas que permitieron decretar las medidas (F.J. 4º).

²⁷² Dicho criterio es el compartido por la doctrina mayoritaria, como es el caso de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 195, el cual sostiene que en tales casos no se produciría una transgresión del principio de proporcionalidad, “toda vez que la única sanción que ello pudiera anudarse sería simplemente la retirada de la causa de los pasajes intrascendentes, nunca la nulidad de la prueba íntegra, y más si nos hacemos eco de la reciente doctrina de la *conexión de antijuricidad*”.

V. Conclusiones .-

I. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18. 3 de la C.E. se configura como un derecho fundamental independiente a pesar de su estrecha conexión o vinculación con el derecho genérico a la intimidad. La dificultad de establecer la separación entre ambos derechos se halla precisamente en la definición del derecho a la intimidad, debido a que se trata de un concepto caracterizado por su enorme imprecisión.

El criterio para distinguir ambos derechos es que mientras que la intimidad es un concepto de derecho material mediante el cual el ordenamiento designa el área o espacio que cada individuo respeta para sí, el derecho al secreto de las comunicaciones posee un contenido eminentemente formal. Precisamente tal concepción formal es el motivo por el cual la protección constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza no sólo el contenido de lo comunicado, sino también el proceso comunicativo en sí mismo, de tal modo que el secreto se extiende también a la identidad subjetiva de los interlocutores así como las circunstancias propias de la comunicación (duración, origen o destino), toda vez que a través de éstas se pueden descubrir datos muy significativos.

El derecho al secreto de las comunicaciones no impone a las partes del proceso comunicativo un deber de secreto sobre el contenido de ésta, a diferencia del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) que sí impone dicho deber, en la medida que lo comunicado

incida o afecte a la esfera más íntima del sujeto participante de la comunicación.

El consentimiento que uno de los interlocutores en el proceso comunicativo pueda otorgar debe ser expreso y debe interpretarse en todo caso de forma restrictiva.

II. El bien jurídico protegido es el secreto de las comunicaciones, el cual presupone la libertad de comunicación. El art. 18.3 C.E. se refiere a una comunicación a distancia, de tal modo que se garantiza la libertad para establecer comunicaciones siempre que se realicen utilizando un soporte o artificio técnico que implique un canal cerrado.

El art. 18.3 C.E. no establece un “numerus clausus” respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de control, sino que dentro del citado precepto pueden entenderse incluidos todos los medios modernos de comunicación que existen actualmente así como los que pueden aparecer como consecuencia de los progresos o avances tecnológicos, debiéndose respetar en la intervención de tales medios las mismas garantías que las previstas para la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

En definitiva, lo que protege el art. 18.3 C.E. no es el secreto de las conversaciones directas y en persona, las cuales en su caso quedarían amparadas por el derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E.

Son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas tanto las personas físicas –mayores o menores de edad– como las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, públicas o privadas.

IV. Como es propio de un Estado democrático y de Derecho, el derecho al secreto de las comunicaciones no se configura como un derecho absoluto sino que la C.E. limita tal derecho al permitir que una resolución judicial haga lícita la intervención de las mismas. Ahora bien, tal previsión constitucional precisaba del oportuno desarrollo legislativo que estableciese los requisitos necesarios que debía cumplir toda autorización judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Tal desarrollo normativo no tuvo lugar hasta la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, siendo la regulación resultante claramente parca e insuficiente, toda vez que no se sistematizan adecuadamente los supuestos en los que debe autorizarse la medida ni el procedimiento que debe seguirse.

Ante tal precaria situación normativa, la doctrina jurisprudencial de nuestros más Altos Tribunales así como del T.E.D.H. ha jugado un papel relevante al completar la escasa regulación legal, estableciendo los tipos delictivos ante los que procede autorizar una medida de intervención telefónica, los requisitos que debe cumplir la resolución judicial de autorización o las exigencias propias de control judicial que deben observarse en toda medida de intervención telefónica.

V. El derecho al secreto de las comunicaciones requiere especial atención en la actualidad dado que el progreso tecnológico lo ha sometido a nuevos peligros o amenazas con la aparición de nuevas técnicas de injerencia, por lo que es necesaria una reformulación del derecho a fin de otorgar la debida protección y seguridad jurídica a los ciudadanos. Además la legislación positiva vigente en nuestro ordenamiento jurídico presenta claras deficiencias y no está en modo alguno adaptada a las nuevas formas comunicativas propias de la Sociedad de la Información, piénsese por ejemplo en la intervención de una cuenta de correo electrónico, de un *chat* o de las comunicaciones telefónicas on-line mediante programas como el *Google talk* o el *Skype*, supuestos en los que no existe previsión legal alguna en orden a la determinación de que “contactos” serían susceptibles de intervención, pudiéndose ocasionar graves injerencias en el derecho al secreto de las comunicaciones de terceras personas ajenas al sujeto pasivo de la medida.

VI. La concesión de la autorización judicial mediante Auto para la intervención de las comunicaciones telefónicas debe darse de manera restrictiva. Es necesario que se dicte una resolución judicial motivada, proporcional y específica en el seno de un procedimiento judicial.

Si bien es un hecho indiscutido la asunción de que únicamente la Autoridad judicial puede autorizar una medida de intervención telefónica, especial polémica ha suscitado tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial el trámite o cauce procedimental en que debe ser adoptada tal medida, centrándose básicamente dicha

problemática en la admisión o no de las llamadas Diligencias Indeterminadas como vía o proceso adecuado para la autorización y ejecución de una medida de intervención telefónica.

Actualmente es irrelevante a efectos de validez de una medida de intervención telefónica, la denominación procesal bajo la que se tramiten las actuaciones, puesto que lo importante es que todas ellas están sujetas al control del órgano jurisdiccional, por lo que no se causa indefensión alguna.

Especial atención merece, a mi parecer, la observación del principio de proporcionalidad así como de los subprincipios que integran el mismo -necesidad, especialidad e idoneidad - en la adopción de la medida restrictiva del derecho fundamental, toda vez que dicho principio exige una relativa gravedad de la infracción perseguida así como una ponderación de los intereses en juego por parte de la Autoridad judicial para discernir si la intromisión, y consiguiente restricción del derecho fundamental, en beneficio del interés público debe primar sobre el interés del titular del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Asimismo reviste gran relevancia la motivación de la resolución judicial de autorización de intervención de las comunicaciones telefónicas, ya que la exteriorización de las razones y fundamentos de su adopción, resulta fundamental para que el sujeto afectado pueda posteriormente impugnar tal decisión cuando considere que vulnera sus derechos legítimos.

VII. El control judicial de la medida de intervención telefónica es un requisito de orden constitucional que debe observarse en tres fases distintas: en el momento de dictarse el Auto de intervención telefónica; en la ejecución material en sí y en la notificación de la medida al sujeto afectado después de cesar ésta.

La fundamentación de la exigencia de control judicial de la medida de intervención telefónica válidamente autorizada por el Tribunal competente radica en el hecho de que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, y toda vez que atendida la finalidad de tal medida no es posible el ejercicio del derecho de defensa del investigado en el momento de su adopción, es necesario su control posterior a fin de garantizar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la misma (art. 24 C.E.).

En la búsqueda de un equilibrio entre la posibilidad constitucional de intervención de las comunicaciones telefónicas y el derecho de defensa del sujeto pasivo, se configura como necesaria la notificación de la medida una vez finalizada su práctica, con independencia del resultado positivo o negativo que la misma haya tenido para la instrucción de la causa, a fin de que el afectado pueda ejercer su derecho de defensa, interponiendo cuantos recursos estime oportunos, los cuales si bien carecerán de efectividad práctica, al haberse practicado ya la diligencia de intervención, y en su caso, producido la lesión de derechos, la mera posibilidad de su interposición tiene indudables efectos preventivos a la hora de acordar una medida de intervención telefónica, que se

traducen en un mayor rigor en la exigencia de motivación de la resolución judicial.

VIII. El problema de los límites subjetivos de la medida de intervención telefónica se presenta respecto de las terceras personas que aún sin ser sujetos pasivos de la medida –por no ser los imputados en un proceso penal- pueden, no obstante y ello, sufrir una injerencia en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Tal posibilidad de afectación a terceras personas puede acaecer fácilmente debido a las propias características técnicas de la intervención telefónica que impiden separar automáticamente a los sujetos pasivos de la intervención de los terceros -por hallarse intervenido el teléfono fijo del domicilio del sujeto pasivo que también es utilizado por el tercero-. Este aspecto da lugar a la problemática de los hallazgos casuales, esto es, de la posible utilización o no de los resultados obtenidos relativos a hechos delictivos cometidos por terceros o bien relativos al propio delito investigado pero que provengan de sujetos ajenos a la investigación. La referida problemática sobre los límites subjetivos de la medida, hace necesaria una urgente regulación de los derechos de terceras personas que ven afectado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

BIBLIOGRAFÍA .-

- ALONSO PÉREZ, Francisco: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2001.
- DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos: “Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. IV, Parte Estudio, 1998.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo: “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución Española*, editorial Civitas, 3ª edición, Madrid, 2001.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos: “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de la restricción de los Derechos Fundamentales”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2003, editorial Aranzadi.
- GIMENO SENDRA, Vicente y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, Tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1ª edición, 2000.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *La interpretación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, ed. Thomson Civitas, 2005, Navarra.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal/Iure, Madrid, 1989.

- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1991.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1995.
- MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e intimidad*, ed. Destino, Barcelona, 1984.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, p. 115, *Revista de Ministerio Fiscal*, núm.1, enero-junio de 1995.
- PAZ RUBIO, José Maria, MENDOZA MUÑOZ, Julio, OLLE SESÉ, Manuel y RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Ed. Colex, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición, ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004.
- REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I y Tomo II, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ed. Bosch, Barcelona, 2002.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ed. Bosch, Barcelona, 2004.

- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Colex, 9ª edición, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro: “Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* nº 6/2003, Pamplona, 2003.

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA ANALIZADA .-

1ª) Sobre la validez de las escuchas telefónicas acordadas con anterioridad a la reforma de la L.E.Crim por virtud de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo:

*S.T.S. 2ª, de 05.02.1988, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo (RJ 1998/857).

*S.T.S. 2ª, de 05.10.1990, ponente Exmo. Sr. García Pérez (RJ 1990/7680).

Confróntese con: S.T.E.D.H. de 30.07.1998 caso Valenzuela Contreras (T.E.D.H. 1998/31) así como la S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón (RTC 1999/49).

2ª) Crítica a la regulación normativa actual en nuestro Ordenamiento jurídico:

*S.T.S, Sala Penal, de 15.04.1999, ponente Exmo. Sr. Martínez Arrieta (RJ 1999/1670).

*S.T.S., 2a, de 12.07.2005 ponente Exmo. Sr. Puertas Luis (RJ 2005/6773).

*S.T.S., 2a, de 28.06.2005, 2a, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer (RJ 2005/6772).

*S.T.E.D.H. de 18.02.2003 caso Prado Burgallo vs España (T.E.D.H. 2003/6).

*S.T.C.184/2003, de 23 de octubre, Pleno, Ponente Exma. Sra. Casas Baamonde (RTC 2003/184).

3ª) Sobre el concepto de “secreto”:

*S.T.S. de 25.09.2003, 2a, ponente Exmo. Sr. Martínez Arrieta (RJ 2003/6376).

*S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, ponente Sr. Díez-Picazo y Ponce de León. (RTC 1984/114).

*S.T.E.D.H. de 02.08.1984, caso Malone contra el Reino Unido (T.E.D.H. 1984/1).

*S.T.C. 34/1996, 2a, de 11 de marzo, ponente Exmo. Sr. de Mendizábal Allende. (RTC 1996/34).

*S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, 1a, ponente Exmo. Garrido Falla. (RTC 2002/70).

*S.T.C. 56/2003, Sala 2ª, de 24 de marzo, ponente Exma. Sra. Pérez Vera. (RTC 2003/56).

4ª) Sobre el concepto de intervención telefónica:

*Línea jurisprudencial que emana de la S.T.S, 2ª, de 31.10.1994, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1994/9076).

*S.S.T.S., 2ª, de 08.02.1997 (RJ 1997/888); 26.05.1997 (RJ 1997/4133); 02.12.1997 (RJ 1997/8762) y 22.04.1998 (RJ 1998/3811) siendo en todas ellas ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid.

5ª) Sobre la doble naturaleza de las intervenciones telefónicas:

*S.T.S., 2ª, de 11.10.1994, ponente Exmo Sr. Conde-Pumpido Ferreiro (RJ 1994/8170).

*S.T.S., 2ª, de 17.11.1994, ponente Exmo. Sr. Román Puerta Luis (RJ 1994/9276).

*S.T.S., 2ª, de 24.03.1999, ponente Exmo. Sr. Jiménez García (RJ 1999/2052).

*S.T.S., 2ª, de 06.11.2000, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo (RJ 2000/8929).

*S.T.S., 2ª, de 28.06.2005, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer (RJ 2005/6772).

*S.T.S, 2ª, de 16.12.2005, ponente Exmo. Sr. Giménez García. (RJ 2005/856).

6ª) Sobre las personas titulares del derecho al secreto a las comunicaciones telefónicas:

*S.T.S., 2ª, de 20.02.1995, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1995/1201).

*S.S.T.S., 2ª, de 02.12.1997 y 22.04.1998, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Montero Fernández-Cid (RJ 1997/8762 y RJ 1998/3811).

*S.S.T.S., 2ª, de 31.10.1994, ponente Exmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez (RJ 1994/9076).

*S.T.C. nº 64/1988, de 12 de abril, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León. (RTC 1988/64).

7ª) Sobre la relación de sujeción especial entre la Administración Penitenciaria y los internos:

*S.T.C. 120/1990, de 27 de junio, ponente Exmo. Sr. Díaz Eimil. (RTC 1990/120).

*S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez de Parga y Cabrera. (RTC 1996/170).

*S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre, ponente Exmo. Sr. García-Mon y González Regueral. (RTC 1997/175).

8ª) Sobre la relevancia del consentimiento:

*S.T.C. 123/2002, de 20 de mayo, Sala 1ª, ponente Exma. Sra. Casas Baamonde. (RTC 2002/123).

*S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo, Sala 2º, ponente Exma. Sra. Pérez Vera. (RTC 2003/56).

9ª) Sobre el bien jurídico protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones:

*S.T.S., 2ª, de 20.02.1999, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín (RJ 1999/512).

*S.T.C. 34/1996, de 11 de marzo, 2ª, ponente Exmo. Sr. Mendizábal Allende (RTC 1996/34).

*S.T.C., 1ª, nº 70/2002, de 3 de abril, ponente Exmo. Sr. Garrido Falla (RTC 2002/70).

10ª) Sobre los requisitos exigibles para la validez de las escuchas telefónicas.

- Con carácter general:

*A.T.S., 2ª, de 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo (RJ 1992/6102).

*S.T.S., 2ª, de 11.05.1998, ponente Exmo. Sr. Prego de Oliver y Tolivar (RJ 1998/4356).

*S.T.S., 2ª, de 23.06.1999, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo (RJ 1999/5844).

*S.T.S. de 06.11.2000, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo (RJ 2000/8929).

*S.T.S. de 14.01.2002, 2ª, ponente Exmo. Sr. Saavedra Ruiz (RJ 2002/1189).

*S.T.S., 2ª, 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer (RJ 2007/1929).

*S.T.C. 259/2005, 1ª, de 24 de octubre (RTC 2005/259), y S.T.C. 219/2006, 1ª, de 3 de julio (RTC 2006/219), siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio.

a) Exclusividad jurisdiccional y procedimiento legalmente establecido:

*S.T.S., 2ª de 12.04.1997, ponente Exmo. Sr. Martín Pallín (RJ 1997/2817).

*S.T.S., 2ª, de 27.12.2001, ponente Exmo. Sr. Giménez García (RJ 2002/1561).

*S.T.S., 2ª, de 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer (RJ 2007/1929).

*S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas (RTC 2000/126).

*S.T.C. 14/2001 de 29 de enero, ponente Exmo. Sr. González Campos (RTC 2001/14).

*S.T.C. 17/2001, de 29 de enero, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez (RTC 2001/17).

*S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre, y la S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio (RTC 2005/259 y RTC 2006/219).

- Sobre el procedimiento legalmente establecido:

*S.S.T.S., 2a, de 28.09.1998, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo (RJ 1998/7368).

*S.S.T.S., 2a, 16.02.1998 y de 01.02.2002, ponente Exmo. Sr. Conde-Pumpido Tourón (RJ 1998/1734 y RJ 2002/1588).

b) Existencia de indicios delictivos:

*S.T.S. de 16.06.2004, ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar (RJ 2004/4797).

*S.T.S. de 16.11.2006, ponente Exmo. Sr. Martínez Arrieta (RJ 2007/44).

*S.T.S., 2ª, de 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer (RJ 2007/1929).

*S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón (RTC 1999/49).

*S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez (RTC 2001/202).

*S.T.C. 184/2003, de 23 de octubre, Pleno, ponente Exma. Sra. Casas Baamonde (RTC 2003/184).

*S.T.C. 165/2005, de 20 de junio, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas (RTC 2005/165).

*S.T.C. 209/2007, de 9 de marzo, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer (RTC 2007/209).

c) Principio de proporcionalidad y subprincipios que lo integran:

*S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, 1a, ponente Exmo. Sr. García Manzano (RTC 1999/166).

*S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo (RTC 1997/123).

*S.T.C. 207/1996, 1ª, de 16 de diciembre, ponente Exmo. Sr. Gimeno Sendra (RTC 1996/207).

*S.T.C. 14/2001, de 29 de enero, ponente Exmo. Sr. González Campos (RTC 2001/14).

*S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre, ponente Exmo. Sr. Jiménez Sánchez (RTC 2001/202).

- Sobre el principio de especialidad:

*S.T.S., 2ª, de 27.11.2000, ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar (RJ 2000/9525).

*S.T.S., 2ª, de 27.02.2007, ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar (RJ 2007/2529).

*S.T.S., 2ª, de 09.04.2007, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2007/2258).

d) Sobre los delitos que justifican una medida de intervención telefónica:

*A.T.S. 18.06.1992, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo (RJ 1992/6102).

*S.T.S. de 23.11.1998, ponente Exmo. Sr. Bacigalupo Zapater (RJ 1998/9198).

*S.T.S., 2ª, de 09.03.2007, ponente Exmo. Sr. Monterde Ferrer (RJ 2007/1929).

*S.T.S., 2ª, 09.04.2007, ponente Exmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre (RJ 2007/2258).

e) Deber de motivación:

*S.S.T.S., cabe citar las de 04.07.2003, de 29.04.2004 y de 03.02.2006, siendo en todas ellas ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar (RJ 2003/6738); (RJ 2004/3705); (RJ 2006/441).

*S.T.S., 2ª, de 27.02.2007, ponente Exmo. Sr. Colmenero Menéndez de Lúcar (RJ 2007/2529).

*S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo.

*S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo, ponente Exmo. Sr. Conde Martín de Hijas.

f) Control judicial:

*S.T.S., 2ª, de 12.12.2000, ponente Exmo. Sr. Sánchez Melgar (RJ 2000/9755).

*S.T.S., 2ª, de 02.12.2005, 2ª, ponente Exmo. Sr. Granados Pérez (RJ 2005/10189).

*S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, ponente Exmo. Sr. Vives Antón (RTC 1999/49).

*S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, ponente Exmo. Sr. García Manzano (RTC 1999/166).

*S.T.C. 259/2005, 1ª, de 24 de octubre, y S.T.C. 146/2006, de 8 de mayo, siendo en ambas ponente Exmo. Sr. Delgado Barrio (RTC 2005/259 y RTC 2006/146).

