



## *La intervención telefónica como restricción al derecho fundamental a la intimidad*

**Ricardo Rodríguez Fernández**

*Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Sala Segunda*

### **I. Principios comunes a toda restricción de derechos fundamentales**

Las limitaciones de los derechos fundamentales de la persona en materia de investigación criminal corresponden al juez instructor. La investigación judicial en un Estado de Derecho en la averiguación de hechos aparentemente delictivos, al contrario de lo que pudiera parecer, no tiene apenas límites, siempre y cuando las actuaciones encaminadas a la averiguación delictiva se lleven a cabo con estricto cumplimiento del respeto a los derechos fundamentales. Estos derechos rara vez son absolutos, permitiendo al juez, siendo al mismo tiempo su garante, limitar su contenido en beneficio de un fin superior como es la investigación de un hecho delictivo que haga peligrar la convivencia social.

El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (C.E.P.D.H.L.P.), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, después de afirmar el respeto a la vida privada y la correspondencia, sin que pueda interferirse en ellos desarrolla, especialmente, los supuestos en los que resulta permitida la injerencia de los poderes públicos en estos derechos y libertades, requiriendo una previa habilitación legal que permita evitar la arbitrariedad, requiriéndose, además, que la citada decisión, acordada en el cumplimiento de la más estricta legalidad, constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades de los demás. Estas exigencias vienen dadas, también, por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (D.U.D.H.) y por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966 (P.I.D.C.P.). Estos Convenios y Tratados internacionales, suscritos y ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, según el artículo 10.2 C.E. A mayor abundamiento, y por lo que respecta al derecho a la intimidad, la Consti-

tución ha consagrado este principio en el artículo 18, al garantizar el secreto de las comunicaciones, especialmente las telefónicas, «... salvo resolución judicial».

Derechos como la libertad, la intimidad, la inviolabilidad domiciliaria y de las comunicaciones en general, amparados constitucionalmente, pueden, como afirma el profesor MONTÓN REDONDO (1995, 1042), sin embargo, ser objeto de injerencias por parte de la «autoridad pública». Tal carácter no es, de por sí, permisivo de injerencias en los derechos fundamentales, sino que han de hacerse en función necesaria de unos principios y requisitos cuya concurrencia conjunta será la única legitimación posible: la existencia de normas expresamente permisivas, la absoluta necesidad de esas injerencias, su proporcionalidad a las circunstancias y el estricto cumplimiento de las formalidades y requisitos previstos para su desarrollo habrán de considerarse escrupulosamente por el juez —única autoridad pública que, en nuestro país, puede limitar derechos fundamentales— para que pueda estimarse su constitucionalidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, partiendo de este sistema de protección supranacional de los derechos fundamentales, han señalado los principios generales en que ha de basarse cualquier injerencia en estos derechos para que sea constitucionalmente válida:

#### *a) Legalidad*

Cualquier injerencia en un derecho fundamental deberá estar avalada por una norma constitucional o legal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.) exige simplemente que se trate de una ley en sentido material y no formal, llegando a admitir como fuente a los reglamentos, rechazándose, en cambio, las circulares administrativas. En nuestro Derecho, más garantista, por imperativo de los artículos 53.1 y 81.1 C.E., se exige que esta habilitación legal lo sea por ley orgánica.

### b) Motivación

La resolución por virtud de la cual se realice una injerencia en un derecho fundamental deberá estar expresamente motivada. Se trata de una verdadera exigencia constitucional según constante doctrina del T.C.

Por lo que respecta a las intervenciones telefónicas, es preciso citar el renombrado A.T.C. de 18 de junio de 1992 (caso «Naseiro»); en esta resolución se concebía la motivación como la necesaria explicitación por el juzgador de las razones que abonan la adopción de la medida restrictiva de un derecho fundamental, aclarando que esta explicitación no era una exigencia meramente formal, sino una consecuencia lógica de la razonabilidad exigible a una resolución de tan graves consecuencias. No se precisa, en cambio, en la citada resolución, cuál es el *quantum* de esa exigencia, debiéndose estar al caso concreto; así el propio T.S. 2.<sup>o</sup> ha admitido la fundamentación por remisión, esto es, la asunción implícita por la resolución judicial de los indicios aportados por los funcionarios policiales en el oficio solicitando el mandamiento o autorización (vid., entre otras, SS. 25 oct. y 20 y 26 nov. 1995, 19 y 30 abr. y 18 jul. 1996 y 31 ene. 1997).

El fin de este principio no es otro que la posibilidad de que el destinatario de la medida, el sujeto afectado, pueda conocer en su día las razones por las que sus derechos fueron sacrificados y en virtud de que otros intereses –que no puede ser otro que el interés general, de la colectividad–, lo cual tiene su importancia a efectos de recurso.

### c) Proporcionalidad

La motivación, citada *ut supra*, pone en evidencia, señala ESTRELLA RUIZ (1996, 356) si la adopción de tal medida restrictiva de derechos fundamentales guarda proporcionalidad con el fin perseguido: se trata de un simple juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción. Debe el juez ponderar la adopción –o no– de la medida: sólo en el caso de que no existan otros medios alternativos podrá adoptarla (necesidad) y descartarla cuando sea previsible su escaso éxito (utilidad e idoneidad).

En Derecho Comparado (sistemas norteamericano –Omnibus Crimen Control Act, de 1968–, inglés –Interception of Communication Act 1985–, portugués –Código de Proceso Penal, decreto ley 78/1987, de 17 de febrero, art. 187–, italiano –Código de Procedimiento Penal de 1988, art. 266– y alemán –Ley de 13 de agosto de 1968, sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico–) se especifica en la norma los delitos por los que se pueden adoptar medidas que afecten a los dere-

chos fundamentales; sistemas más completos que el nuestro, en el que, por el contrario, no existe tal referencia, por lo que debe ser el propio juez instructor el obligado a realizar la ponderación caso por caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia, la cual, como se verá, con carácter general y ambiguo, señala las pautas que se deben seguir.

Una de éstas, que debe ser tenida en cuenta por el juez a la hora de adoptar la medida, es la relevancia social de los bienes que se tratan de proteger con la persecución del delito, normalmente asociados con la gravedad de las penas que en su día se pudieran imponer. No obstante, esto no es el criterio único, por cuanto el propio T.E.D.H. (caso «Funke») rechazó la posibilidad de llevar a cabo un registro domiciliario en averiguación de una evasión de capitales; por el contrario, el T.C. (SS. 66/1989 y 85/1989) consideró proporcionada la medida en la investigación de delitos relacionados con el control de cambios –penados únicamente con sanciones pecuniarias–, justificándola en que se trataba de delitos que causaban grave perjuicio a la economía nacional. Otros criterios a tener en cuenta son la trascendencia de la actividad presuntamente delictiva investigada y la alarma social de los hechos. Estos criterios o pautas, suponen, a nuestro juicio, dejar un excesivo margen al criterio judicial.

Dentro del secreto de las comunicaciones, de forma casuística, se ha estimado la proporcionalidad de la medida de interceptación telefónica en delitos de falsificación de pasaportes y contra la libertad en el trabajo, actividades terroristas y de colaboración con banda armada, cohecho, maquinaciones para alterar el precio de las cosas y delitos contra la salud pública.

El T.E.D.H. (SS. de 6 sep. 1978 –caso «Klas»–, 2 de ag. 1984 –caso «Malone»–, 24 de abr. 1990 –casos «Kruslin» y «Huvig»–, y 24 de mar. 1988 –caso «Olsson»–), en síntesis, considera como requisitos necesarios para justificar la injerencia en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones los siguientes:

a) que la injerencia ha de estar prevista legalmente;  
b) que tal injerencia ha de constituir una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para proteger convenientemente:

1. La seguridad nacional.
2. La seguridad pública.
3. El bienestar económico del país.
4. La salud.
5. La moral.

6. Y en definitiva, los derechos y libertades de los demás (art. 8.2 del C.E.P.D.H.L.F.).

c) y que exista necesidad y proporcionalidad de la injerencia en una sociedad democrática.

*d) Necesidad, idoneidad y utilidad*

Es doctrina constitucional (vid., entre otras, S.T.C. 143/1994) que la medida restrictiva de derechos fundamentales sólo serán aptas como fuente de prueba en el caso de que hubiera imposibilidad material de su obtención por otros medios menos lesivos. La intromisión en cualquiera de los derechos fundamentales no puede hacerse como un recurso ordinario para la obtención de fuentes de prueba, sino como algo excepcional.

**II. La intervención telefónica****A) ANTECEDENTES Y REGULACIÓN LEGAL**

La C.E. consagra en su artículo 18.3 el secreto de las comunicaciones y en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo intervención judicial. Se trata de un derecho fundamental también consagrado en el artículo 12 de la D.U.D.H., en el artículo 17.1 del P.I.D.C.P. y en el artículo 8 del C.E.P.D.H.L.F.

Hasta la reforma operada por la L.O. 4/1988 de 25 de mayo en el artículo 579 de la L.E.Cr., se trataba de la única regulación legal de la materia (excepción hecha de lo previsto para los estados de excepción, alarma y sitio, regulados por la L.O. 4/1981, de 1 de junio).

Dispone el actual artículo 579 de la L.E.Cr. que «... 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministerio del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

Debe reconocerse, sin duda, la insuficiencia de la regulación legal, máxime teniendo en cuenta que, como ya se dijo, en nuestro Derecho no existe, a diferencia de las legislaciones de los países comunitarios anteriormente citados, un catálogo de delitos, más o menos pormenorizado, en los que expresamente se autorice la intervención. La jurisprudencia ha venido a llenar este vacío normativo aplicando y desarrollando los principios constitucionales, acudiéndose también a criterios de analogía (art. 4 CC). En la adopción de esta medida, descartándose por supuesto su aplicación en la investigación de las faltas, debe el juez instructor, especialmente, tener en cuenta los principios generales señalados, además de los requisitos específicos citados a continuación.

Señalar, igualmente, que la divulgación del contenido de una conversación telefónica realizada por uno de los interlocutores no supone, en modo alguno, violación del derecho al secreto de las comunicaciones.

**B) REQUISITOS**

Los requisitos que han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas que determinan una injerencia de las comunicaciones personales y suprimen el secreto de las mismas son:

1.º La exclusividad jurisdiccional de las intervenciones en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Efectivamente, la existencia de un mandamiento judicial autorizando la intervención constituye una exigencia constitucionalmente inexcusable que afecta al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial determina, irremediadamente, la lesión del derecho constitucional y, por tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no sólo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios. Vid., en tal sentido, S.T.C. 86/1995.

2.º La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (T.S. 2.º S. 12 sep. 1994). Se excluye, por tanto, la adopción de la medida en la investigación de simples faltas.

3.º La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adaptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito –que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad de las personas y el secreto de las comunicaciones– (T.S. 2.ª A. 18 jun. 1992).

4.º La proporcionalidad de la medida que sólo habrá de adaptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida (T.S. 2.ª S. 20 may. 1994).

5.º La limitación temporal de la utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas. La L.E.Cr. autoriza (art. 579.3) períodos trimestrales prorrogables para la observación de las comunicaciones individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionado e ilegal (S. 9 may. 1994).

6.º La especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (A. 18 jun. 1992 y S. 20 may. 1994). En efecto, «... 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 mortificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales» (T.S. 2.ª S. 18 jul. 1995).

7.º La medida, además, recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales (S. 25 jun. 1993). Debe tenerse en cuenta, igualmente, que, comoquiera que el secreto de las comunicaciones deriva del derecho a la intimidad, también las personas jurídicas lo ostentan, y por tanto es preceptivo la intervención judicial para la interceptación de sus comunicaciones (vid. art. 200 C.P.).

8.º La existencia previa de procedimiento de investigación penal. Es factible que sea la intervención de las telecomunicaciones las que pongan en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación y correspondiente anotación de ese procedimiento de investigación criminal (SS. 25 jun. 1993 y 25 mar.

1994) y procedimientos penales sólo son aquellos que están expresamente previstos en la L.E.Cr. La utilización del cauce de las «diligencias indeterminadas» para poner en marcha un procedimiento de interceptación de conversaciones telefónicas es una irregularidad en la que frecuentemente incurren los órganos jurisdiccionales encargados de la investigación criminal; en efecto, las denominadas en el uso forense Diligencias Indeterminadas –que también podrían denominarse de Asuntos Indeterminados o varios– puede constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de Instrucción, pero siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los libros de asuntos ordinarios o generales. La llevanza de un libro de Diligencias Indeterminadas responde a exigencias meramente administrativas o burocráticas del órgano que las practica, sin más trascendencia que la constancia fehaciente de una actuación judicial que no está encaminada a la investigación de un hecho criminal. Ahora bien, existe una línea jurisprudencial que ha venido relajando considerablemente esta irregularidad inicial, llegando a justificar la incoación de unas Diligencias Indeterminadas para la intervención telefónica, cuando existen razones apremiantes que fuerzan su utilización, ya que lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida, siempre que el que definitivamente decida la cuestión sea el Juez competente para conocer del proceso (vid., en tal sentido, T.S. 2.ª S. 26 sep. 1995).

9.º La existencia previa imprescindible de indicios de la comisión de delito –no de meras sospechas o conjeturas–, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilite la policía, con la pertinente ampliación de los mismos que el Juez estimase conveniente. (En tal sentido, T.S. 2.ª S. 18 abr. 1994).

10.º La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención, control que, como el afecto por ella desconocerá, por razones obvias, su adopción, ha de ser rigurosa en grado sumo (T.S. 2.ª S. 18 abr. 1994). Ello implica que la recepción de las cintas ha de ser íntegra y original, sin perjuicio de su ulterior copia, siempre bajo fe del Secretario Judicial, cuando razones técnicas lo hagan preciso. Igualmente la transcripción mecanográfica ha de hacerse con compulsas y fe de Secretario. Y por último, 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, ex-

cluyendo 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. (Vid., en tal sentido, T.S. 2.<sup>a</sup> S. 2 abr. 1996).

La jurisprudencia (vid., por todas, T.S. 2.<sup>a</sup> S. 6 feb. 1995), viene señalando que ante la imposibilidad de que el juzgado con los medios materiales de que dispone pueda actuar directamente en las complejas operaciones técnicas que toda intervención telefónica conlleva, lo que obliga a una importante intervención policial en la materia, se exige que el juez autorizante no se desentienda de la medida autorizada y la controle en lo posible, particularmente cuando se extienda en el tiempo o afecte a un número importante de teléfonos. Dicho control en palabras de SOTO NIETO (1995, 3), abarca un triple frente. En primer lugar, velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante, no admitiéndose ningún tipo de discrecionalidades en su ejecución. En segundo término, la escrupulosidad en la recepción del material grabado, garantizándose su autenticidad e integridad. Y, por último, la adopción de las medidas necesarias para la advertencia escrita de las grabaciones obtenidas y selección de cuanto pueda ser importante. El secretario habrá de diligenciar las cintas que se entregan, su traducción escrita y las partes que sean de interés, evitando cualquier tipo de episodio ajeno a lo investigado.

Supone el control judicial de esta medida que se aporten al juzgado los soportes originales físicos en que consten las conversaciones intervenidas o las observaciones hechas, en la forma que en cada caso se estime pertinente para adoptar las resoluciones que procedan, y poder realizar de forma inmediata la selección de conversaciones desechando las que sean irrelevantes a los fines de la investigación, siempre bajo la fe del Secretario. El control no sólo tiene por fin determinar el desarrollo de la investigación y las decisiones que procedan en cuanto a su continuidad, sino que guarda igual importancia en relación a su ulterior valor probatorio, de ahí que también recalque la jurisprudencia (vid., entre otras, T.S. 2.<sup>a</sup> SS. 20 feb. 1995 y 22 en. 1996) la importancia de la autenticación judicial de las transcripciones de las cintas grabadas, que deberán ser guardadas y autenticadas por el Secretario con el fin de evitar cualquier tipo de manipulación. Una vez salvaguardadas las anteriores garantías, cuando se reproduzcan en el plenario bajo los principios de inmediatez, publicidad y contradicción alcanzarán todo su valor probatorio.

11.º Motivación. La resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada, riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cuya importancia exige del Juez una explicación razonable razonada de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales y en la cual encontrarán lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte (T.S. 2.<sup>a</sup> A. 18 jun. 1992 y SS. 18 abr., 9 y 20 may. y 12 sep. 1994, 12 en. y 20 feb. 1995). Se trata, pues, este requisito, de una verdadera exigencia constitucional, no de una simple cortesía, con el fin de que el interesado pueda en su momento conocer cuáles fueron los motivos que la originaron y con el fin igualmente de facilitar su derecho al recurso.

No se trata de que la motivación sea más o menos extensa, sino que se exige que se recojan en la resolución los indicios –y no meras sospechas o conjeturas– o razones que permitieron su adopción; es decir, «... que conforme a los principios de lógica y reglas de experiencia, abonan la idea de la implicación participativa de una persona en el hecho criminal que se investiga y en función de lo cual se decreta la intervención telefónica» (T.S. 2.<sup>a</sup> S. 20 dic. 1996). No se proscribe la redacción de autos en formularios expresos siempre que se expliciten las razones de la intervención concreta y, a *sensu contrario*, no es admisible que la fundamentación se limite al relleno de espacios en blanco acompañado de fórmulas apodípticas (en tal sentido, T.S. 2.<sup>a</sup> A. 18 jun. 1992 y S. 31 oct. 1994).

Se admite, por último, la validez de la fundamentación por remisión a la solicitud policial, siempre que en ésta se precisen plenamente los hechos (T.S. 2.<sup>a</sup> SS. 25 oct., 20 y 26 nov. 1995, 19 y 30 abr. y 18 jul. 1996 y 31 en. 1997). Por el contrario, debe considerarse insuficiente el auto modelo en el que simplemente se añaden los datos de identificación imprescindibles para la investigación, sin más (T.S. 2.<sup>a</sup> S. 14 abr. 1994).

Cuando todos los anteriores requisitos concurren podrá estimarse que la interceptación e intervención de las telecomunicaciones no viola el fundamental derecho al secreto de las mismas que la Constitución garantiza. Por último, para la validez como prueba del contenido de las comunicaciones intervenidas se precisa la entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde consten las conversaciones detectadas, sin consentirse la previa manipulación y selección de su contenido por la policía, el conocimiento por el Juez de ese contenido, su conservación y el respeto del mismo contenido, así como la posibilidad de su audición con audiencia de las partes interesadas (T.S. 2.<sup>a</sup> S. 12 en. 1995).

### C) DESARROLLO DE LA MEDIDA

Aparte de lo ya expuesto, que comparto con MONTÓN REDONDO (1995, 5), es conveniente indicar a los encargados de la interceptación (normalmente funcionarios policiales) que se efectuará, al menos, bajo las condiciones siguientes:

- deberá ponerse en conocimiento del juez autorizante el sistema técnico que vaya a utilizarse para efectuar las grabaciones ordenadas;
- deberá mantenerse, de forma absoluta, la integridad de las cintas: deberá entregarse siempre los soportes originales en los que consten las grabaciones efectuadas, no copias ni transcripciones mecanográficas de las conversaciones mantenidas sin el soporte original;
- deberá ser permanente durante todo el tiempo acordado en la resolución;
- deberá ser absoluta: recogerse la totalidad de las conversaciones mantenidas en la línea afectada por la medida;
- deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial habilitante, de forma inmediata, la posible obtención de datos relativos a otros presuntos delitos, distintos de los investigados (y por ello recogidos en el auto autorizante). Vid. apartado «hallazgos casuales».
- deberá hacerse la entrega, precisamente, en el mismo juzgado que ordenó las investigaciones; por último,
- deberá ordenarse a los funcionarios policiales encargados de ejecutar la interceptación la adopción de las medidas necesarias que impidan la manipulación de las cintas originales donde se recogiesen las grabaciones.

### D) DURACIÓN DE LA MEDIDA. PRÓRROGAS

Como elemento esencial debe hacerse constar en la resolución habilitante de la intromisión en el derecho fundamental analizado el tiempo durante el cual se va a acordar la intervención. Por lo que respecta a las prórrogas, ningún inconveniente creo que exista en mantener la medida durante un período dilatado de tiempo, siempre que esté justificada y no sea indefinida o excesiva porque la convertiría en desproporcionada o ilegal. La prórroga podrá hacerse por sucesivos períodos de tres meses. Deberá el Juez, a través de los sucesivos y preceptivos controles periódicos, valorar los resultados y, en base a los mismos, determinar si es conveniente su continuación, teniendo en cuenta el artículo 552 L.E.Cr., que exige que se importune en lo mínimo imprescindible al interesado, respetándose sus secretos si no interesan a la instrucción, levantándose esta medida si no resulta

de interés para la instrucción o resulta innecesaria; por tanto, entiendo, que si a pesar de obtenerse datos reveladores de las escuchas acordadas se dedujera de la investigación la posibilidad de obtener el mismo resultado por otros medios menos lesivos al derecho fundamental analizado, por congruencia con los requisitos citados, debería dejarse sin efecto la medida. Nunca se hace... es más cómodo.

La prórroga deberá realizarse, igualmente, por auto. Cuestión debatida ha sido la de si se admite la prórroga por providencia. En principio, debe rechazarse la fórmula escueta de las providencias, que, al carecer de motivación, vulnerarían frontalmente el principio de proporcionalidad. Así, el T.C. (S. 18/1995, de 11 dic.) la consideró nula, lo que conllevó la no validez de lo grabado a partir de la fecha de la prórroga, rechazándose, incluso, la motivación por integración con el auto, señalándose que «... no resulta admisible la justificación ofrecida por la Audiencia Provincial que otorgó validez a la prórroga así acordada, que se basa, en síntesis, en que la medida cuestionada había sido autorizada con anterioridad mediante auto motivado referido al mismo sujeto pasivo. Se trataría así de una especie de integración de la providencia con el auto, entendiéndose la motivación de éste para autorizar la medida a la posterior decisión de prórroga, de manera que, al tratarse del mismo sujeto pasivo, subsistirían de manera implícita y por remisión los mismos motivos que en su día se expusieron para adoptar tal medida limitativa del derecho fundamental...» y que «... tal argumentación no es respetuosa con las exigencias antes expuestas en la limitación de un derecho fundamental que no pueden estimarse cumplidas con una motivación ofrecida en el momento inicial de la adopción de la medida restrictiva, sino que tales garantías deben ser observadas en todas aquellas resoluciones en las que se acuerde la continuación o modificación de la limitación del ejercicio del derecho, expresándose en todo momento las razones que llevan al órgano judicial a estimar procedente lo acordado. Así, la resolución que ahora se examina se limita a acordar la prórroga sin ofrecer motivo o fundamento alguno acerca de las razones y circunstancias que aconsejaban la continuidad de la medida ni la necesidad de la misma».

Como ha señalado el T.S. 2.<sup>a</sup> (vid., entre otras, SS. 27 sep. y 15 dic. 1994 y 16 abr. y 17 dic. 1996), el defecto sustancial no radica tanto en la utilización de la fórmula de providencia, sino en la falta de fundamento en la resolución que habilita la prórroga. Se trataría, por último, de una cuestión de legalidad ordinaria, no afectando a la constitucionalidad de la medida, por cuanto se cuenta,

como referente próximo, con la motivación de la resolución central.

#### E) HALLAZGOS CASUALES

Como principio fundamental debe afirmarse que no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención telefónica dirigida a otro fin. La manera de proceder, conforme al T.S. 2.ª A. 18 jun. 1992 (caso «Naseiro») será la siguiente: Deberá darse cuenta inmediata por los funcionarios policiales al Juez instructor, con el fin de que éste, a la vista de las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente, siendo ineficaz como prueba si no existe una habilitación legal (auto motivado) para investigar el segundo delito o para la segunda persona –como ocurrió en el caso «Naseiro»–, ya que el Juez debe examinar su propia competencia (así, en el caso citado, se trataba de una persona aforada y su investigación excedía de las competencias del Juez instructor). Resumiendo la doctrina del caso «Naseiro», refrendada en posteriores resoluciones del T.S. 2.ª (entre otras, SS. 18 jun., 15 jul. y 25 oct. 1993), se precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que la primera sea mero punto de arranque: así, si se trata de delitos conexos o de personas implicadas en el mismo delito investigado, lo procedente es que el Juez instructor, mediante auto motivado, amplíe el ámbito objetivo o subjetivo –o ambos– de la medida; por el contrario, si se trata de datos que revelan la existencia de un delito autónomo, previo examen de su propia competencia, deduciendo testimonio, deberá incoar un nuevo procedimiento en el que proseguirá la investigación.

#### F) MODO DE PROCEDER TERMINADA LA INTERCEPTACIÓN

Finalizada la interceptación es preceptivo ponerlo en conocimiento del afectado, quien deberá tener acceso a la misma, pudiendo desarrollar plenamente su derecho de defensa, cuestión de suma importancia, teniendo en cuenta que no ha podido ejercerlo –o al menos, no plenamente– por unos plazos muy superiores a los genéricos del secreto sumarial del artículo 302. La escucha de las grabaciones deberá ser total y en su integridad y llevarse a cabo a presencia judicial y asistido de letrado permitiéndosele que niegue su autenticidad con respecto a la totalidad o a ciertos pasajes en cuyo caso se impondrá la práctica de una pericial fonográfica. Igualmente podrá hacer indicación

de aquellos pasajes o partes de las conversaciones grabadas que considere de interés para sus tesis o planteamientos exculpatorios.

Si se han cumplimentado los requisitos a que hemos hecho referencia, dicho actuar será por sí plenamente válido como medio de investigación a los efectos instructorios del art. 299 L.E.Cr., pero como prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia es preciso, además, como afirma MONTÓN REDONDO (1995, nota 24), acreditar la autenticidad del contenido de las grabaciones, lo que exigirá, salvo que sean reconocidas por los interesados, su audición por el órgano juzgador, confrontando lo recogido en las grabaciones con las declaraciones del acusado y testigos, e inclusive en caso de negarse la autenticidad de las de las voces, con la pericial que se practique a dichos efectos. La autenticidad, por tanto, no se presume, sino que es necesario demostrar, en cualquier forma, la identidad de las personas cuyas voces han sido registradas y que lo dicho no ha sido objeto de manipulación o falsificación. En el caso de que faltare prueba sobre estos extremos, el resultado de la medida de interceptación no tendría virtualidad suficiente para utilizarse por el Tribunal sentenciador como prueba de cargo.

En el plenario debe procederse a su íntegra reproducción, ya que sólo de esa forma el Tribunal podrá conocer no sólo su contenido sino también otros aspectos de la misma (tonos de voz, su inflexión, manera de hablar, etc. –lo que se califica por algún autor como inspección ocular–), si bien en la T.S. 2.ª S. 31 oct. 1994, se admitió como válida la simple lectura por el secretario de las transcripciones alegándose que no hubo indefensión al admitirse así por las partes al no haberse opuesto a ello solicitándose su pública audición.

#### F) EFECTOS PROBATORIOS

Debe partirse de una idea fundamental: las sentencias condenatorias sustentadas en escuchas telefónicas inconstitucionales no sólo infringen el artículo 18.3 C.E., sino también la presunción de inocencia del artículo 24.2, al ser una de las garantías de este derecho fundamental el no ser condenado mediante una prueba obtenida con violación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

Se hace necesario, pues, distinguir dos supuestos:

- la existencia de vulneración de derecho fundamental, y
- la existencia de vulneración, únicamente, de requisitos procesales.

En el primer caso se trataría de una prueba ilícita y deberá acordarse la nulidad absoluta de la interceptación acordada. Pero, siendo normal que tal medida afecte no sólo a la vulneración del artículo 18.3 C.E. sino también, como se ha dicho, a la presunción de inocencia del artículo 24.2, se hace necesario determinar los límites de la valoración de las pruebas derivadas de aquella interceptación inconstitucional. En este sentido, señala el artículo 11.1 L.O.P.J. que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Es un caso de nulidad absoluta que se comunica («contamina») a pruebas derivadas y no puede convalidarse por diligencias posteriores, salvo que sean auténticas pruebas independientes.

Consagra este precepto lo que se denomina «teoría refleja» o la doctrina norteamericana del «fruto del árbol envenenado» (iniciada en la S. de la Corte Suprema de los EE.UU. *Nardone v. United States*, 60 S. Ct. 266 y seguida en otras posteriores –por ej., *Goldstein*, 62 S. Ct. 1000, *Giordano*, 94 S. Ct. 1820 y *Aldermann* 89 S. Ct. 961–).

El T.C., en su célebre S. 85/1994, recogió por primera vez en nuestro Derecho esta teoría de la eficacia refleja de la prueba prohibida. A partir de esta resolución, afirma el profesor GIMENO SENDRA (1996, 7) el juzgador deberá examinar con atención la relación de causalidad existente entre el resultado probatorio de la intervención telefónica constitucionalmente obtenida y el de los demás medios de prueba, de tal suerte que, para extender su conocimiento a esos otros medios de prueba, deberá comprobarse la ausencia de dicha relación de causalidad o, dicho en otras palabras, tendrá que acreditarse que el hecho punible se habría probado en cualquier otro caso con independencia de la prueba ilícita por infracción de la Constitución. En el mismo sentido, VIVES ANTÓN (1992, 158).

En el segundo, intervenciones en las que no existe inconstitucionalidad por mediar un auto habilitante suficientemente motivado, pero en la que se han cometido irregularidades de índole procesal en relación a los requisitos citados por la doctrina jurisprudencial analizada: se trataría de un supuesto de prueba irregular y, en general, se puede afirmar (vid., en este sentido, T.S. 2.<sup>a</sup> S. 25 oct. 1994) que la ausencia del control judicial en la forma que previene la doctrina jurisprudencial sobre la materia determina su ineficacia probatoria, lo que no implica que no se puedan acreditar los hechos por otros medios probatorios, incluida la testifical de los agentes policiales que materializaron las escuchas, no siendo aplicable, por tanto, la

teoría de los frutos del árbol envenenado. Es un caso de nulidad relativa o anulabilidad, que conllevaría a declarar nula la prueba irregular, pero su efecto no se extiende (no «contamina») las pruebas derivadas de esta misma fuente, pudiéndose convalidar con diligencias posteriores.

### **III. Reflexiones finales**

No todo está permitido en la lucha contra el delito. Deben respetarse al máximo los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna. Ya se ha visto cómo la violación del derecho a la intimidad por la autoridad judicial (en el caso estudiado, del secreto de las comunicaciones) debe estar rodeado de una serie de garantías y requisitos absolutamente necesarios para su validez en juicio como prueba suficiente para desvirtuar uno de los derechos básicos en el proceso penal, como es la presunción de inocencia. Pero, considero, debe, además, establecerse, al igual que en los países citados, un catálogo de delitos –más o menos extenso, más o menos concreto, pero en todo caso, siempre de especial gravedad y teniendo en cuenta los parámetros sentados por la jurisprudencia del T.E.D.H.– en los que esté permitida tal injerencia. Se trata de la aplicación de los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad. ¿Qué mayor garantía para un ciudadano saber que, si comete ciertos delitos –por supuesto deben ser de naturaleza grave–, puede ser sometido a una interceptación telefónica?

La medida estudiada es una de las más graves en la injerencia en los derechos fundamentales de la persona (piénsese, por ejemplo, en una entrada y registro: puede estar presente el interesado, familiar o persona por él designada; por el contrario, carecería de sentido la intervención telefónica si el interesado lo supiera). Su deficiente regulación en la L.E.Cr., obliga a exigir un verdadero cambio normativo; se han de regular, claramente, los presupuestos y límites de admisión de esta grave medida, sus efectos y el procedimiento de ejecución.

Por último, compartir la doctrina, recientemente admitida por la jurisprudencia constitucional, de la eficacia refleja de la prueba prohibida en la valoración de las escuchas telefónicas, al ser en un sistema democrático uno de los medios más eficaces de control –junto con los principios de legalidad y exclusividad jurisdiccional– frente a las –a veces, arbitrarias– actuaciones policiales que, en aras de mantener el orden público o de eficacia contra la criminalidad, no es infrecuente que se cometan verdaderas violaciones de los derechos fundamentales de la persona.



## BIBLIOGRAFÍA

– BOIX REIG J.: *Intervenciones telefónicas y garantías jurídicas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

– ESTRELLA RUIZ M.: «Entrada y registro, interceptación de comunicaciones postales, telefónicas, etc.», en *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

– GIMENO SENDRA V.: *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, La Ley, 1996.

– GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.

– GONZÁLEZ FERNÁNDEZ J.: Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

– LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J.: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, Madrid, 1989.

– LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1991.

«Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes», en *La restricción de*

*los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

– MONTÓN REDONDO A.: *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, La Ley, 1995.

– MORENILLA RODRÍGUEZ, «El derecho al respeto de la esfera privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

– RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R.: *Ley de enjuiciamiento Criminal*, 2.ª ed., Ed. Comares, Granada, 1999.

*Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal (nociones básicas y jurisprudencia esencial)*, Ed. Comares, en prensa.

– RODRÍGUEZ RAMOS L.: «Intervenciones telefónicas», en *La prueba del proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

– SOTO NIETO F.: *La motivación, la proporcionalidad y el control judicial en las intervenciones telefónicas. Comentario a la STS (Sala 2.ª) de 6 de febrero de 1995*, La Ley, 1995.

*Intervenciones telefónicas. Alcance de la exigencia de «motivación»*, La Ley, 1996.

– VIVES ANTÓN: *La reforma del proceso penal*, (vol. II), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. ●