



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

ESCUELA DE DOCTORADO 'STUDII SALAMANTINI'

PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DOCTORAL
LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL
SISTEMA PENAL

PAOLA CASABIANCA ZULETA

Salamanca | 2015



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

ESCUELA DE DOCTORADO 'STUDII SALAMANTINI'

PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

TESIS DOCTORAL
LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL
SISTEMA PENAL

PAOLA CASABIANCA ZULETA

Directores: **Dr. NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA**
Prof. Titular de Derecho Procesal —Catedrático acreditado— (USAL)
Dr. EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS
Prof. Titular de Derecho Penal (USAL)

Salamanca | 2015

A mi familia y amigos.

Quiero agradecer muy especialmente a los Directores de la tesis, Doctores NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA y EDUARDO A. FABIÁN CAPARRÓS, por su permanente orientación. Sin su colaboración para mantenerme actualizada ante los constantes cambios que ha venido teniendo últimamente la legislación española en materia de escuchas telefónicas, la labor no habría podido concretarse, ya que durante la mayoría del tiempo de elaboración de la tesis permanecí en diferentes lugares de Colombia y de América.

Y también al Ingeniero MANUEL GARCÍA CONTI, Exvicepresidente Técnico de la extinta Empresa Nacional de Telecomunicaciones de Colombia, por sus orientaciones.

Índice

<i>Abreviaturas</i>	15
<i>Introducción</i>	19
<i>Capítulo Primero: El derecho al secreto de las comunicaciones y otros derechos fundamentales relacionados con las intervenciones telefónicas</i>	25
1.1. Planteamiento general.....	25
1.2. Seguridad ciudadana y garantías del Estado de Derecho.....	29
1.3. Principales definiciones de intervenciones telefónicas	31
1.4. Características generales de las intervenciones telefónicas.....	37
1.5. Derechos fundamentales relacionados con las intervenciones telefónicas.....	39
1.5.1. Suspensión general e individual de los derechos fundamentales...	44
1.5.2. Límites de los derechos fundamentales	44
1.5.3. Derechos fundamentales del art. 18 CE relacionados con las intervenciones telefónicas	46
1.5.3.1. Derecho del secreto de las comunicaciones	52
1.5.3.1.1. Concepto	54
1.5.3.1.2. Surgimiento y protección normativa	59
1.5.3.1.3. Titulares activos y pasivos.....	62
1.5.3.2. Derecho a la intimidad personal y familiar	68
1.5.3.2.1. Concepto	68

1.5.3.2.2. Surgimiento y protección normativa	73
1.5.3.2.3. Titulares activos y pasivos.....	74
1.5.3.3. Derecho a la protección de datos de carácter personal	76
1.5.3.3.1. Concepto	77
1.5.3.3.2. Surgimiento y protección normativa	79
1.5.3.3.3. Titulares activos y pasivos.....	82
1.5.3.4. Relación entre las intervenciones telefónicas y estos derechos fundamentales	83
1.6. Bienes jurídicos tutelados vulnerados por las interceptaciones telefónicas delictivas.....	85
1.6.1. Descubrimiento y revelación de secretos.....	88
1.6.1.1. El descubrimiento y la revelación de secretos respecto a las interceptaciones telefónicas	89
1.6.1.2. La potestad de vigilancia del empleador como eximente de responsabilidad	94
1.6.1.2.1. La vida personal dentro del ámbito familiar	96
1.6.1.2.2. Solución del conflicto de derechos entre el trabajador y el empleador	99
1.6.1.3. El control parental como eximente de responsabilidad.....	104
1.6.1.4. ¿Puede el derecho a exigir fidelidad del cónyuge constituirse en una eximente de responsabilidad criminal	107
1.6.1.5. ¿Puede el derecho a la libertad de información constituirse en una eximente de responsabilidad criminal?	109
1.6.2. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad	110
1.6.3. ¿Puede alegarse haber obrado bajo error invencible en la comisión de los delitos cuando la regulación de las escuchas telefónicas resulta insuficiente?	112
<i>Capítulo Segundo: Actividades de intervención del secreto de las comunicaciones, escuchas o pesquisas sobre el teléfono que no son intervenciones telefónicas en materia criminal</i>	115
2.1. Planteamiento general.....	115

2.2. Las intervenciones telefónicas suponen una injerencia en conversaciones privadas garantizadas por el secreto a las comunicaciones y, ocasionalmente, por otros derechos fundamentales	116
2.2.1. El secreto de las comunicaciones según las definiciones de sus componentes.....	117
2.2.1.1. Definición de comunicación	117
2.2.1.2. Definición de secreto	119
2.2.2. Actividades que no se consideran intervenciones telefónicas por no vulnerar el secreto de las comunicaciones	122
2.2.2.1. Comunicaciones que se transmiten a través de medios de difusión pública.....	122
2.2.2.2. Grabación de alguno de los interlocutores y escuchas telefónicas por parte de un tercero, con autorización de al menos uno de los interlocutores.....	124
2.3. Las intervenciones telefónicas son una modalidad auditiva de la técnica especial de investigación conocida como vigilancia electrónica.....	126
2.3.1. La vigilancia electrónica como técnica especial de investigación ...	129
2.3.2. Actividades investigativas que difieren de la vigilancia electrónica de las comunicaciones telefónicas	138
2.3.2.1. Labores de recolección de información dentro de las actividades de inteligencia.....	138
2.3.2.2. Inspección de los datos que se encuentran en el teléfono incautado.....	142
2.3.2.3. Obtención del número de abonado telefónico, del IMEI o del IMSI	145
2.3.2.3.1. Obtención del número del abonado telefónico .	145
2.3.2.3.2. Obtención de los números de IMEI y de IMSI ...	146
2.3.2.4. Averiguación del listado telefónico	147
2.3.2.5. Examen de la cinta del contestador encontrada durante la diligencia de registro a un inmueble	148
2.4. Las intervenciones telefónicas suponen la transmisión del habla a través del aparato telefónico	149
2.4.1. Concepto y evolución del teléfono	150
2.4.2. Posición de la jurisprudencia española respecto del concepto de teléfono	152

2.4.3. La consecuente exclusión de las escuchas de comunicaciones orales directas.....	155
2.4.3.1. Tesis sobre la existencia de una regulación de las intervenciones de comunicaciones orales directas antes de la aprobación de la LO 13/2015	156
2.4.3.2. Tesis sobre la inexistencia de regulación de las intervenciones de las comunicaciones orales directas en el anterior art. 579 LECR.....	157
2.4.3.3. Tratamiento de las intervenciones orales directas antes de la expedición de la LO 13/2015	158
2.4.3.4. Tratamiento de las intervenciones orales directas en la LO 13/2015	160
2.4.4. La exclusión de los mensajes de texto (SMS) y orales que se transmiten a través del teléfono	160
2.5. Las intervenciones telefónicas reguladas en la legislación procesal penal y con destino al enjuiciamiento penal.....	163
2.5.1. Fuentes del Derecho Procesal penal	166
2.5.2. Características propias del Derecho Procesal penal que inciden en la regulación de las escuchas telefónicas	169
2.5.3. Intervenciones telefónicas lícitas pero al margen de la legislación procesal penal	170
2.5.3.1. Intervención de las comunicaciones telefónicas de los servicios de inteligencia.....	173
2.5.3.1.1. Reglamentación de las escuchas telefónicas de los servicios de inteligencia	173
2.5.3.2. Intervención de las comunicaciones telefónicas de los que se encuentran privados de la libertad	175
2.5.3.2.1. Restricciones propias del régimen penitenciario	177
2.5.3.2.2. Restricciones de la LECR.....	177
2.5.3.2.3. Restricciones competencia del Director del establecimiento penitenciario	177
2.5.3.2.4. Restricciones en casos de terrorismo	179
2.5.3.3. Intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal militar.....	184
2.5.3.3.1. Marco de aplicación de la Ley Militar	184

2.5.3.3.2. Regulación de las escuchas telefónicas en el proceso penal militar.....	185
2.5.4. Comparación entre las intervenciones telefónicas que se produ- cen dentro de la investigación criminal y las de los otras legis- ordenamientos	187
Capítulo Tercero: Regulación de las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	189
3.1. Planteamiento general.....	189
3.2. Las intervenciones telefónicas en España hasta la aprobación de la LO 13/2015, de 5 de octubre, que modificó la LECR.....	196
3.2.1. Situación anterior a que se adoptaran las intervenciones telefó- nicas por primera vez en la LECR.....	196
3.2.2. Introducción de las escuchas telefónicas por la LO 4/1988	199
3.2.2.1. Confusa relación entre los numerales 2 y 3 del deroga- do art. 579 LECR.....	199
3.2.2.2. Enunciación de los vacíos del art. 579 LECR de acuerdo con el TEDH	201
3.2.2.3. Casos adelantados en el TEDH contra España durante este periodo.....	203
3.2.2.3.1. Caso Valenzuela Contreras contra España	203
3.2.2.3.2. Caso Prado Bugallo contra España	205
3.2.2.3.3. Caso Abdulkadir Corban contra España	206
3.3. Reglamentación de las interceptaciones telefónicas ordinarias en Espa- ña a partir de la aprobación de la LO 13/2015, de 5 de octubre.....	207
3.3.1. Previsión legal de la injerencia.....	208
3.3.1.1. Existencia de una base de Derecho interno	208
3.3.1.2. Calidad de ley	209
3.3.1.3. Finalidad constitucional legítima: que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática	210
3.3.2. Reserva judicial.....	213
3.3.2.1. Delitos por los cuales se procede.....	221
3.3.2.2. Necesaria existencia de un proceso penal.....	222
3.3.2.3. Principios rectores de la interceptación telefónica	223
3.3.2.3.1. Principio de excepcionalidad	224
3.3.2.3.2. Principio de especialidad.....	225

3.3.2.3.3. Principio de idoneidad	226
3.3.2.3.4. Principio de necesidad	227
3.3.2.3.5. Principio de proporcionalidad	228
3.3.2.4. Contenido de la primera solicitud de intervención telefónica elevada al órgano judicial	229
3.3.2.5. Contenido de la solicitud de prórroga de la medida	237
3.3.2.6. Contenido de la autorización de la primera intervención telefónica	238
3.3.2.6.1. Motivación de la resolución que ordena la interceptación telefónica	238
3.3.2.6.2. Extremos de la autorización	240
3.3.2.7. Contenido de la autorización de prórroga de la medida ...	244
3.3.2.8. El sigilo de las intervenciones telefónicas y el secreto del sumario.....	245
3.3.3. Desarrollo de la intervención telefónica	245
3.3.3.1. Control judicial durante esta etapa	245
3.3.3.2. Las obligaciones de los operadores telefónicos	248
3.3.3.3. Escuchas en un idioma diferente a las lenguas oficiales españolas	248
3.3.3.4. Nuevos hallazgos	249
3.3.3.5. Intervenciones telefónicas en el extranjero	253
3.3.3.5.1. Aspectos generales de la cooperación internacional en materia penal	253
3.3.3.5.2. La cooperación internacional y las intervenciones telefónicas	254
3.3.4. Protocolo de incorporación al proceso de los resultados de las escuchas telefónicas	256
3.3.4.1. Entrega del material por la Policía Judicial.....	257
3.3.4.2. Selección de las piezas relevantes	259
3.3.4.3. Transcripción de las comunicaciones.....	260
3.3.4.4. Acceso de las partes al resultado de las intervenciones telefónicas.....	262
3.3.4.5. Práctica de los resultados de las intervenciones telefónicas como prueba en el juicio.....	263
3.3.4.6. Destino final de las cintas.....	264

3.5. Procedimiento de intervención de las comunicaciones en caso de urgencia	265
--	-----

Capítulo Cuarto: Valor probatorio de las intervenciones telefónicas lícitas

4.1. Planteamiento general.....	269
4.2. La prueba ilícita en el art. 11.1 LOPJ y en la jurisprudencia	270
4.2.1. Alcance de la expresión “no surtirán efecto”	273
4.2.2. Alcance de la expresión “las pruebas obtenidas”	275
4.2.3. Alcance de la expresión “directa o indirectamente”	275
4.2.3.1. <i>Teoría de los frutos del árbol envenenado</i>	276
4.2.3.2. Criterios restrictivos de <i>teoría de los frutos del árbol envenenado</i>	277
4.2.3.2.1 Excepción de la prueba jurídicamente independiente.....	277
4.2.3.2.2. La excepción de descubrimiento inevitable	279
4.2.3.2.3. La excepción del hallazgo casual	281
4.2.3.2.4. La excepción de la buena fe	283
4.2.3.2.5. La excepción de la conexión de antijuridicidad	284
4.2.4. Alcance de la expresión “violentando”	287
4.2.5. Alcance de la expresión “derechos fundamentales”	288
4.2.6. Diferencias entre ‘prueba ilícita’ y ‘prueba regular’	289
4.2.7. Tratamiento procesal de la ilicitud de la prueba.....	291
4.3. Valor del resultado de las escuchas lícitas.....	294
4.3.1. El resultado de las escuchas como medios de convicción	294
4.3.2. Resultados de las intervenciones telefónicas como fuente de medio de prueba	296
4.3.2.1. Las escuchas telefónicas como prueba documental	297
4.3.2.1.1. Definición de documento.....	297
4.3.2.1.2. Elementos del documento	300
4.3.2.1.3. Documentos públicos y documentos privados ..	301
4.3.2.1.4. Las intervenciones telefónicas y la prueba documental. ¿Pueden considerarse las escuchas telefónicas como documentos?	301
4.3.2.2. Las escuchas telefónicas y los indicios.....	306
4.3.2.2.1. Definición de indicio	307

4.3.2.2. Elementos del indicio	310
4.3.2.2.1. Regla de experiencia	311
4.3.2.2.2. Hecho indicador o hecho base	314
4.3.2.2.3. Inferencia lógica	316
4.3.2.2.4. Hecho indicado.....	318
4.3.2.3. Reglas en la apreciación del indicio	319
4.3.2.4. Relación entre las intervenciones telefónicas y los indicios.....	321
4.3.2.3. Errónea confusión entre la confesión y el testimonio con el contenido de las escuchas telefónicas, donde el acusado ha admitido la comisión de un delito o un tercero da fe de algo	323
4.3.2.4. Las intervenciones telefónicas y la prueba pericial de voz.	327
4.3.2.4.1. Definición de la pericia.....	327
4.3.2.4.2. Peritaje de voz	330
4.3.2.4.3. La indispensabilidad del peritaje de voz en los casos de intervenciones telefónicas.....	332
4.3.2.5. Presentación de los resultados de las intervenciones telefónicas y de los actos de investigación que se les relacionan para efectos de establecer su licitud y validar su aptitud probatoria	336
Conclusiones	343
Bibliografía	351
Anexo I: Listado de resoluciones judiciales usadas	365

Abreviaturas

Art.	Artículo.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATEDH	Auto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
CE	Constitución Española.
CC	Código Civil.
BCPP	Borrador del Código Procesal Penal.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CAJP-UE	Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CDU	Código disciplinario único colombiano.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CICO	Central de Inteligencia contra el Crimen Organizado.
CIFAS	Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CNCA	Centro de Coordinación Nacional Antiterrorista.
CNUC	Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción.
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas en contra de la Criminalidad Organizada Transnacional.

CP	Código Penal.
CPI	Corte Penal Internacional.
CPP-NA	Código de Procedimiento Penal de la Nación de Argentina.
CESID	Centro Superior de Información de la Defensa.
DEA	Administración para el Control de Drogas (Estados Unidos de América).
DNI	Dirección Nacional de Inteligencia.
DPH	Derecho Penal Humanitario.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
EGA	Estatuto General de la Abogacía.
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i> (Estados Unidos de América).
FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
FFAA	Fuerzas Armadas.
HUMINT	Fuentes de Inteligencia Humanas.
ICE	Servicio de Inmigración y Aduanas (Reino Unido).
IMEI	<i>International Mobile Equipment Identity</i> .
IMINT	Imágenes que son fuentes de inteligencia.
IMSI	<i>International Mobile Subscriber</i> .
LCDCE-RPC	Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LGT	Ley General de Telecomunicaciones.
LO	Ley Orgánica.
LOPHIP	Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.
LOPD	Ley Orgánica, 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

LOPM	Ley Orgánica, 14/2015, de 15 de octubre, Penal Militar.
LOPJM	Ley Orgánica, 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
LOPPM	Ley Orgánica de 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.
LOEAES	Ley Orgánica de 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción o sitio.
LORTAD	Ley Orgánica Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.
LOTG	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
LREI	Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación en el ámbito de la Unión Europea.
LSSI-CE	Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
MMS	Servicio de Mensajería Multimedia.
NSA	Agencia de Seguridad Nacional.
OSINT	Fuentes abiertas de inteligencia.
RD	Real Decreto
RDLOPD	Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
RP	Reglamento Penitenciario.
SIGINT	Señales que son fuentes de inteligencia.
SITEL	Sistema Integral de Comunicación Legal de Comunicaciones.
SMS	Mensajes de texto.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StPO	Ordenanza Procesal Penal (Alemania).
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TEI	Técnicas Especiales de Investigación.
UE	Unión Europea.

UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Introducción

Consideramos que la mejor forma de adentrarnos en el estudio de la regulación de la limitación a la garantía del secreto de las comunicaciones mediante la interceptación de las conversaciones telefónicas es delimitando lo que se entiende por interceptación de conversaciones telefónicas.

Al estudiar la forma en que la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo españoles llenaban los vacíos del derogado art. 579 LECR —los cuales motivaron dos sanciones a España por el TEDH—, pudimos encontrar que al margen de estas carencias de esa ley positiva, o tal vez en razón de ellas, existían imprecisiones sobre lo que debía entenderse por interceptación de conversaciones telefónicas.

De esta forma, se presentaban confusiones entre la interceptación de comunicaciones telefónicas y otras actuaciones a las cuales, por ser semejantes a éstas, se les llegó a aplicar analógicamente su normatividad.

Tales confusiones entre la *intervención de conversaciones telefónicas* y algunas otras actividades de investigación criminal se han debido a varias razones, bien sea porque algunas de éstas también tienen injerencia en el secreto de las comunicaciones o en otros derechos contemplados en el art. 18 CE, como cuando la Policía Judicial accede a los mensajes del un teléfono móvil incautado; porque al igual que sucede con la interceptación telefónica, también consisten en escuchar, como sucede cuando se captan palabras del espectro electromagnético, o porque consisten en pesquisas sobre el aparato telefónico, como acontece cuando se indaga su número IMEI. Y estas actuaciones no constituyen interceptaciones telefónicas, sino actividades semejantes, como es el caso de la captación y escucha

de palabras determinadas de personas indeterminadas o conexas, como la averiguación del IMEI para poder averiguar el abonado telefónico que se pretende interceptar.

Ahora bien, es importante aclarar, desde este momento, que considerar que una determinada actuación no es una interceptación de las conversaciones telefónicas no implica desconocer que pueda afectar derechos fundamentales, incluyendo el derecho al secreto de las comunicaciones, que es el directamente afectado cuando se intercepta una comunicación telefónica.

Entonces, lo que se pretende al señalar que una determinada actuación de investigación no es interceptación telefónica es advertir, igualmente, que si esta se entromete en la privacidad del investigado debe regularse de manera directa y expresa, sin recurrirse a la aplicación analógica de las normas que reglan la interceptación telefónica, como se había venido haciendo hasta la promulgación de la LO 13/2015, de 5 de octubre, en cuya Exposición de Motivos se ha criticado esta aplicación analógica.

Es que, cada disposición relacionada con la limitación de un derecho fundamental debe desarrollarse de manera expresa e independiente, o cuando las actuaciones se reglan por las mismas disposiciones el alcance de su aplicación debe autorizarse de manera individual y, adicionalmente, como cada una de las actuaciones de la Policía Judicial están sometidas al principio de legalidad deben reglamentarse de manera directa.

Ahora bien, así como hemos podido observar estos casos donde la jurisprudencia y la doctrina, y ahora la LO 13/2015, han indicado que algunas actuaciones que involucran injerencia en los aparatos telefónicos, en los derechos fundamentales del art. 18 CE o que comprenden labores de escuchas no constituyen intervención de conversaciones telefónicas, hemos hallado casos opuestos en los que se alegaba que ciertas actuaciones no eran interceptación de comunicaciones telefónicas, si bien posteriormente la jurisprudencia o la doctrina expresaron su parecer contrario.

Tal ha sido el caso de la interceptación de los teléfonos inalámbricos, de la interceptación de comunicaciones con escáneres o de la interceptación del teléfono de la propia residencia para conocer las conversaciones del cónyuge. En estos supuestos, contrariamente a lo que alegaron las partes dentro de los respectivos procesos penales, el acceso a esas conversaciones sí es interceptación telefónica.

De la observación de estas circunstancias surgieron las hipótesis de este trabajo, según las cuales, en primer lugar, la interceptación de las conversaciones telefónicas posee unas características básicas e independientes que permiten diferenciarla de otros medios de investigación, aunque estos también interfieran en los derechos fundamentales del art. 18 CE, consistan en escuchar o realicen pesquisas alrededor del aparato telefónico y, en segundo lugar, que de manera correlativa estas otras actividades que no son intervención de comunicaciones telefónicas carecen de alguna o algunas de las particularidades de las intervenciones de las conversaciones telefónicas.

Con base en dichas hipótesis, los objetivos de esta investigación doctoral han sido los siguientes:

- extraer las características básicas de la interceptación de las conversaciones telefónicas para, de esta forma, delimitarlas y deslindarlas de esos otros medios de averiguación mencionados en la jurisprudencia y en la doctrina por resultar similares o conexos;
- verificar si estas otras actividades carecen de alguna o algunas de estas características o particularidades;
- llevar a efecto una aproximación crítica de la regulación actual de la interceptación de las conversaciones telefónicas; y
- realizar una aproximación crítica del valor probatorio de las intervenciones de comunicaciones telefónicas lícitas.

Para lograr estos objetivos, estudiamos en el Capítulo Primero las definiciones más comunes de “interceptaciones de conversaciones telefónicas”, también mencionadas como “intervenciones telefónicas” o “escuchas telefónicas”, lo que nos tiene que permitir conocer las particularidades básicas de las escuchas telefónicas.

Hecho en lo anterior, en el Capítulo Segundo vamos a analizar las actividades similares o complementarias a las escuchas telefónicas, mencionadas con más frecuencia por la doctrina y su reglamentación, para deducir cuál o cuáles son las condiciones propias de las interceptaciones telefónicas de las cuales carecían.

Depurando, de esta forma, lo que son las intervenciones telefónicas, en el Capítulo Tercero procederemos a estudiar críticamente su reglamentación actual y, en el Capítulo Cuarto, a analizar su valor probatorio dentro del juicio penal.

Con este planteamiento hemos agregado, además, al análisis teórico de las normas que regulan los temas señalados nuestras experiencias profesionales obtenidas durante el trabajo que desarrollamos en la Fiscalía General de la Nación de Colombia, cuyos Delegados, de una parte, autorizan la interceptación de las comunicaciones de los investigados penalmente y, de otra, se les intervienen sus comunicaciones por razones de control laboral y de seguridad personal.

Las fuentes más utilizadas para este trabajo serán la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Tribunales Constitucional y Supremo españoles, junto con la ley y a doctrina españolas. Adicionalmente, la normatividad de los países de la Unión Europea, y al abordar el tema de la ilicitud probatoria en materia de escuchas telefónicas estudiaremos la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, porque sus fallos sobre prueba ilícita fueron precedentes en la doctrina jurisprudencial española. Más allá de ello, al estudiar el alcance de las intervenciones telefónicas se hará referencia a la legislación argentina, donde se contempla la interrupción de la comunicación como una modalidad de interceptación telefónica, y también a la legislación de Colombia. Ahora bien, esto último no se debe exclusivamente a mi nacionalidad, circunstancia que hace inevitable que exprese el conocimiento teórico y práctico que tengo sobre el tema, sino porque a través de la extensa lectura de sentencias de los Tribunales Constitucional y Supremo españoles hemos podido constatar, y es notorio, que la mayoría de los supuestos de hecho de estas sentencias hacían referencia a investigaciones por el delito de drogas y ahí aparecía una interacción con Colombia.

En todo caso, pretendemos resolver el problema planteado de cara a la legislación española; no obstante, la utilidad del tema principal no se circunscribe a España, puesto que delimitar lo que se debe entender como interceptación de comunicaciones telefónicas y advertir la necesidad de que todos los actos de investigación y, en especial, aquellos que limitan los derechos fundamentales relacionados con la privacidad deben ser regulados de manera expresa e individual, es planteamiento de utilidad general. E igual cosa puede predicarse respecto del valor probatorio de los resultados de este medio de investigación.

Para conservar la delimitación externa del tema, la aproximación a la reglamentación de las actividades que resultan similares a la intervención de las conversaciones telefónicas fue breve, a pesar que son temas complejos; algunas de

estas regulaciones presentan vacíos, por lo que esperamos que estas otras actividades sean motivo de nuevas investigaciones.

Hemos procurado mantener en este trabajo un lenguaje sencillo, no solo porque la sencillez es una cualidad de una buena redacción, sino también porque aspiro a que esta que esta investigación, cuando sea publicada, sea asequible para quienes sin ser abogados se dedican operativamente a la investigación criminal.

Capítulo Primero
***El derecho al secreto de las comunicaciones y otros
derechos fundamentales relacionados con las
intervenciones telefónicas***

1.1. Planteamiento general

En términos generales, a pesar de la eficiencia que se predica de las intervenciones telefónicas como técnica de investigación, estas diligencias, reguladas por los Capítulos IV y V del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generan temor y desconfianza debido a que se entrometen en derechos fundamentales tutelados en la Constitución; en especial, en el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, que forma parte de la privacidad del individuo y, por tanto, del desarrollo de su libre personalidad.

Adicionalmente, junto a las intervenciones telefónicas existen otras diligencias de investigación, algunas de ellas reguladas por otros ordenamientos diferentes a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que también interfieren en este derecho fundamental o en los otros derechos garantizados en el art. 18 CE.

De igual forma, también existen otros actos de investigación que, al igual que las escuchas telefónicas, consiguen informaciones del aparato telefónico, como cuando se inspeccionan sus aplicaciones, o consisten en escuchar, cuando a través de satélite se captan palabras claves de una comunicación para realizar una labor de inteligencia.

Estas similitudes o características compartidas entre las intervenciones telefónicas y otros actos de investigación ha llevado a que se haya considerado — erróneamente— que la regulación específica de las escuchas telefónicas abarcaba otras actividades.

Es por estas confusiones que, por ejemplo, los medios de comunicación dan el nombre de *intervenciones telefónicas* a la labor de programas como el “ECHELON”, que capta determinadas palabras sin hacer un seguimiento a todas las conversaciones¹, o cuando en las demandas de casación o amparo presentadas ante los Tribunales se mezclan estas labores investigadoras relacionadas con las escuchas con las escuchas mismas².

La doctrina también ha incorporado dichas actividades dentro del estudio de las intervenciones telefónicas, a veces como extensiones del objeto del derecho al secreto de las comunicaciones³, dentro del ámbito y alcance de las intervenciones

¹ <http://www.bibliotecapleyades.net/ciencia/echelon02.htm>

² En la STS 130/2007, de 19 de febrero, Ponente Sr. Perfecto Augusto Andrés Ibáñez, el Tribunal Supremo debatió la relación de los datos externos de la comunicación con la intervención de llamadas, al igual que lo había hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la STC 114/1984, de 29 de noviembre, Sentencia que, a su vez, aclaró que el interlocutor de una conversación sí podía grabarla sin orden judicial, porque el secreto de una conversación no se oponía a quienes participan en ella; de otra parte; de otra parte, un sector de la doctrina ha considerado que las grabaciones de las escuchas orales directas siempre estuvieron reguladas por la misma norma con que se regularon las escuchas telefónicas, que era el art. 579 LECR. O en la STS 321/2001, de 26 de abril, Ponente Sr. Luciano Varela Castro, el Tribunal Supremo aclaró que averiguar los datos que se encontraban dentro de una agenda de un teléfono móvil, no seguía el trámite de las intervenciones telefónicas; mientras que por el contrario, las escuchas telefónicas de llamadas laborales, ciertamente son intervenciones telefónicas, pero no están reguladas por la LECR ni tienen su misma finalidad.

³ RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 312 y ss., quien se ocupa del tratamiento de los datos de tráfico, la obtención del listado telefónico, la averiguación del número de la línea telefónica o de los datos numéricos de teléfono, el examen del aparato telefónico, como extensiones del objeto del secreto de las comunicaciones y en un capítulo aparte a las intervenciones telefónicas, la grabación de conversaciones propias la colocación de aparatos de escuchas en un lugar cerrado y las intervenciones en el ámbito penitenciario.

telefónicas⁴ y, a veces, ha pretendido que su regulación se extienda a las escuchas de conversaciones directas⁵ y a la obtención de datos de tráfico de comunicaciones pasadas⁶. De esta forma, se ha creado una falsa idea respecto a que la reglamentación de las escuchas telefónicas se extiende a todo aquello que se le parezca.

La jurisprudencia ha tenido que ir aclarado cuáles son las actividades de investigación que son verdaderas intervenciones telefónicas, que deben regirse por lo dispuesto para estas en la LECR y cuáles son las labores que son ajenas a estas y la pauta que debe aplicarse en estos otros casos.

Este problema se planteó en la Exposición de Motivos del BCPP de 2013, donde se indica textualmente: “El Código pretende completar las perturbadoras lagunas del actual art. 579 LECR. En la nueva regulación se confiere sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal”.

La LO 13/2015, que ha modificado el art. 579 LECR, ha introducido nuevos capítulos para diferenciar las variadas modalidades de intromisión en la privacidad de los investigados. Sin embargo, no plantea las características de cada actividad, con lo que podría presentarse una nueva confusión.

⁴ CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Bosh procesal, 2014, pp. 69 y ss., quien dentro del ámbito y alcance de las intervenciones telefónicas trata los temas del acceso a listados, mensajes de texto, identificación de los datos del aparato telefónico, la instalación de aparatos de escucha en un lugar cerrado, el acceso a la agenda del móvil, la revelación del contenido de la comunicación por parte de uno de los intervinientes, las escuchas directas.

⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Ediciones Akal S.A., 1989, pp. 187-188; RAFOLS LLACH, Juan, “Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado”. *Revista Cuaderno de Derecho Penal*, 1992, p. 568; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Cóllex, 1990, p. 182. Además, se encuentra en la STS 173/1998, de 10 febrero, Ponente Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

⁶ GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luis, “La actividad policial con incidencia probatoria”. En: *Estudios sobre la prueba penal. Volumen 1. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González dirs., pp. 222 y ss. (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3424685>).

De las directrices dadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de los arts. 53 y 81 CE, se colige que las afectaciones a los derechos fundamentales requieren una regulación específica donde claramente se indique cuál es el derecho objeto de la limitación, la actividad que lo restringe y las exigencias normativas que deben cumplirse para que la limitación opere dentro del principio de legalidad.

Por lo anterior, surge la necesidad de delimitar el alcance de lo que son las intervenciones telefónicas, objeto de regulación de los Capítulos IV y V del Título VIII del Libro II de la LECR y, en consecuencia, establecer qué medios de investigación no lo son, a pesar de que compartan algunas de sus características fundamentales. Y este es el objetivo central de esta investigación.

La forma en que se pretende lograrlo será extraer las características fundamentales de esta actividad investigativa de las definiciones que se han dado de las intervenciones telefónicas reguladas por la LECR, de tal manera que los actos de investigación que no compartan cualquiera de estas características no serán intervenciones telefónicas, sin que por ello se les reste la importancia que tienen dentro de una investigación criminal, ni se desconozca su injerencia en derechos fundamentales.

Previo al análisis de estas definiciones, es importante aproximarse a la tensión que existe entre la necesidad que tiene un Estado de Derecho de garantizar la seguridad de sus habitantes y, al mismo tiempo, garantizar el disfrute de sus derechos fundamentales, incluso de aquellos que lesionan esa seguridad, ya que, lo primero que hay que decir respecto a la intervención de comunicaciones telefónicas es que éstas evidencian esa tensión permanente entre dichas tareas del Estado de Derecho, que son: ejercer el *ius puniendi*, investigando y sancionando los delitos y respetar los derechos fundamentales de todos, incluyendo a los investigados⁷.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso pena”. *Revista de derecho penal de la Universidad de Huelva*, n.º 14, 2004, p. 102. En el mismo sentido, ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 121.

1.2. Seguridad ciudadana y garantías en el Estado de Derecho

La tarea estatal del investigar y sancionar los delitos surgió en el momento en que el Estado prohibió la venganza privada, práctica común en la Edad Media, y en consecuencia, éste se obligó a perseguir el delito y a castigar al infractor para custodiar la seguridad de sus ciudadanos.

La obligación de proteger las garantías constitucionales se encuentra recogida en el art. 53.1 CE, y se deriva de compromisos internacionales, empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y otros instrumentos normativos que mencionaremos más adelante.

Para darle seguridad al conglomerado social, el Estado debe crear mecanismos que le permitan realizar su tarea eficazmente⁸. Además, las herramientas utilizadas deben ser acordes al crimen investigado, ya que no es lo mismo un crimen que una persona comete de manera espontánea que uno que proviene de la acción del crimen organizado, ya que las organizaciones criminales sustentan sus actuaciones en un trípede de violencia, corrupción y obstrucción a la justicia⁹ y, de esta forma, cometer delitos graves como el tráfico —de personas, de narcóticos, de armas, etc.—, los delitos informáticos¹⁰ y los actos terroristas, los cuales demandan

⁸ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. p. 2.

⁹ BUSCAGLIA Edgardo, GOECKENJAM Ingke, GONZÁLEZ, Samuel, MENDIETA JIMÉNEZ, Ernesto, MERLE, Aurelie, “Delincuencia organizada y derechos humanos: ¿Cómo controlar el uso de las técnicas modernas de investigación? El caso de las intervenciones de comunicaciones privadas. Recomendaciones para el desarrollo de medidas estatales”. En: *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, Edgardo Buscaglia y Samuel González dirs., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, p. 33.

¹⁰ DELGADO, Joaquín, *Criminalidad organizada*, Barcelona, Bosch, 2001, p. 21. Las afectaciones que menciona el autor son: al derecho penal, al procesal penal, al ordenamiento porque se han tenido que tipificar nuevas conductas, en especial delito de peligro abstracto con el objeto de ampliar el margen de la protección del conglomerado social, para brindarle seguridad, que ahora también se demanda de esta disciplina; al derecho procesal, porque se han tenido que implementar medios de para la investigación y juzgamiento restrictivos de derechos fundamentales, como las intervenciones telefónicas; al derecho orgánico, porque se han tenido que crear de nuevos organismos para perseguir exclusivamente esta clase de delitos y por último, al derecho internacional, por cuanto se han tenido que se han suscrito tratados en contra de estas

de las autoridades atención y monitoreo preventivo para su neutralización inmediata.

Dentro de la ejecución de esta tarea de proteger a la comunidad de estos delitos graves que amenazan su seguridad se han tomado varias medidas, como tipificar *delitos de mera conducta* o *de peligro abstracto*. Pero de nada sirve con tipificar delitos si no hay probabilidad de sanción, lo que determina que la investigación de estas conductas debe contar con las herramientas adecuadas y eficaces, que varían en cada caso.

Puede observarse que el *modus operandi* de los delitos informáticos¹¹ es altamente técnico, que son supranacionales y pluriofensivos, afectan masivamente a víctimas desconocidas y se realizan anónimamente causando un daño inmediato¹², de tal manera que en su investigación deben emplearse medios de investigación con un alcance equivalente; igual predicamento cabe para el terrorismo o para las acciones del crimen organizado, por lo que los medios tradicionales de investigación, que parten del delito consumado para luego reconstruir la pasada conducta, resultan insuficientes.

Así las cosas, cuando se pretende contrarrestar este tipo de criminalidad se necesita que la Policía Judicial tenga las herramientas para actuar de cara a sus actuaciones¹³, pues ya no puede esperar hasta que terminen de delinquir para proceder sino que debe anticiparse.

Pero aún si el grupo criminal organizado ha consumado alguno de los delitos materia de su asociación y se pretende esclarecer sus circunstancias o descubrir a

conductas, adoptar nuevas formas de cooperación transnacional, que en algunos casos, implican una soberanía supranacional.

¹¹ Mencionados en la LO 13/2015 como una de las conductas punibles en cuya investigación proceden las intervenciones telefónicas.

¹² VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos cometidos a través de internet, cuestiones procesales*, Madrid, La Ley, versión kindle, 2010. Capítulo 1.

¹³ BUSCAGLIA Edgardo, GOECKENJAM Ingke, GONZÁLEZ, Samuel, MENDIETA JIMÉNEZ, Ernesto, MERLE, Aurelie, *Delincuencia organizada y...*, cit., p. 40: las investigaciones de cara a las actuaciones delictivas han sido llamadas de *forward looking behaviour* o únicamente de *forward looking* mientras que las de corte tradicional se denominan *back looking behaviour* o únicamente de *back looking*.

los responsables de ese concreto crimen, al actuar la organización criminal de la mano con la corrupción, de la violencia y mediante variados mecanismos de obstrucción a la justicia —como el pacto de silencio—, los métodos de investigación que tradicionalmente se utilizan en estos casos —como el testimonio o la inspección de documentos— se vuelven inefectivos, porque los testigos pueden ser amenazados o morir y los documentos pueden manipularse, incluso antes de ser obtenidos por la Policía Judicial.

Acorde con estas nuevas necesidades de la investigación criminal, los Estados miembros de las Convenciones de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y contra la Corrupción de 2003¹⁴ se comprometieron a implementar, de conformidad con sus ordenamientos jurídicos internos, Técnicas Especiales de Investigación (TEI), que se desarrollan paralelamente con las actividades criminales.

Las intervenciones telefónicas son una modalidad de las TEI y como tal se debaten entre las dos tareas estatales antes mencionadas: por un lado, son necesarias para que las investigaciones de las tipologías delictivas mencionadas sean efectivas pues, como ha señalado el Tribunal Supremo¹⁵, se dirigen a descubrir el delito en lugar de operar con posterioridad a su descubrimiento; pero, por otro lado, interfieren con derechos fundamentales que el Estado debe garantizar, en especial, en el derecho al secreto de las comunicaciones, lo que demanda el estudio minucioso de cada caso particular en que deban aplicarse, para que de esta forma sea posible conservar el equilibrio entre la misión estatal de brindarle seguridad al conglomerado social y la de brindar garantías procesales al investigado.

1.3. Principales definiciones de intervenciones telefónicas

La STS 1149/1993 define así las intervenciones telefónicas: “Las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho

¹⁴ Los arts. 20.1 CNUDOT y 50.1 CNUC señalan como técnicas especiales de investigación las entregas controladas, el agente encubierto y las vigilancias electrónicas. Las intervenciones telefónicas son una especie de vigilancia electrónica de las conversaciones privadas del investigado.

¹⁵ STS 1393/2003, de 22 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.

medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del 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 aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”¹⁶.

De esta concepción podemos extraer las siguientes ideas.

En primer lugar, el Tribunal Supremo incluyó el término “escuchas telefónicas” como una expresión común a la cual se hace referencia, ya que la LO 13/2015 las denomina “interceptaciones telefónicas”. No obstante esta advertencia del Tribunal, la voz de “escuchas telefónicas” se utilizará con frecuencia en esta investigación, ya que constituye un término descriptivo de la actividad que se adelanta al intervenir comunicaciones y como tal, altamente conveniente para los fines de esta investigación.

En segundo lugar, la Sentencia empleó el término “intervención” en lugar de usar el vocablo “interceptación” del art. 197.1 CP y que actualmente emplea la Ley de Enjuiciamiento Criminal después de la reforma de 2015, lo que evita el problema semántico: según la definición del Diccionario de la Real Academia Española, interceptar significa: “1. Apoderarse de algo antes de que llegue a su destino. 2. Detener algo en su camino. 3. Interrumpir, obstruir una vía de comunicación”¹⁷. Dicho significado que plantea la expresión utilizada en el Código Penal, que no acoge la definición de la Sentencia, es contraria a la finalidad

¹⁶ STS 1149/1993, de 28 de noviembre, Ponente Sr. José Manuel Martínez Pereda Rodríguez. Como advierte la misma Sentencia, esta definición ha sido aceptada en las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: STS 1889/1994, de 31 de octubre, Ponente Sr. José Manuel Martínez Pereda Rodríguez; STS 711/1996, de 19 de octubre, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid; STS 160/1997, de 4 de febrero, Ponente Sr. Eduardo Moner Muñoz; STS 132/1997, de 8 de febrero, Ponente, Sr. Ramón Fernández Cid; STS 740/1997, de 26 de mayo, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid; STS 1463/1997, de 2 de diciembre, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid y STS 579/1998, de 22 de abril, Sr. Ramón Montero Fernández-Cid.

¹⁷ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=interceptar consultado el 4 de marzo de 2011

generalizada¹⁸ de la medida, que pretende la fluidez, sin traumatismos, en la conversación para obtener de esta datos eficaces para la investigación¹⁹. Sin embargo, al momento de proferirse la definición del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional ya había armonizado los conceptos de intervención e interceptación²⁰, indicando que la palabra interceptación podía tomarse en sentido estricto, es decir como aprehensión física, pero que de igual forma se podía entender como la captación de otra forma del proceso de comunicación.

En tercer lugar, la decisión hace referencia a un control de las comunicaciones, que ha indicado son telefónicas, expresión que es sinónimos de vigilancia, término que ha sido utilizado frecuentemente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹.

¹⁸ El art. 236 CPP-NA dispone que el Juez podrá interrumpir las comunicaciones por motivos de seguridad, por lo que no se puede indicar que todas las medidas de intervención de comunicaciones pretenden escuchar la conversación de los interlocutores, puesto que la norma citada pretende finalizar la comunicación.

¹⁹ CÓRDOBA RODA, Juan, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomos I y II, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2004. p. 459. Y en el mismo sentido, ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 94; y ESCOBAR LÓPEZ, Edgar y MARULANDA OTÁVALO, Luz Fabiola: *Derecho a la intimidad*, Bogotá, 2.^a ed., Ediciones Doctrina y Ley, 2004, p. 70.

²⁰ STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984: “Rectamente entendido, el derecho fundamental 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 antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así, - a través de la imposición a todos del `secreto´ - la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en el sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)”. En el mismo sentido la STC 34/1996, de 11 de marzo.

²¹ La expresión “vigilancia”, referida a las escuchas telefónicas, es usada por primera vez por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Klass y otros contra Alemania (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510>).

En cuarto lugar, es una vigilancia que interfiere con un derecho fundamental, por lo que para proceder a ella deben cumplirse las condiciones que permiten intervenir en tales derechos.

Por último, sobre esta definición de la sentencia del Tribunal Supremo, precisamos que ésta resaltó que en España la interceptación de comunicaciones telefónicas es propia del procedimiento penal para aportar al juicio oral determinados elementos probatorios²², por lo que esta investigación ejercida mediante vigilancia debe cumplir las reglas procesales penales.

Otra definición importante de intervenciones telefónicas aparece en la Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado, que considera a las intervenciones telefónicas como diligencias de investigación acordadas por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutadas bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordadas con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del ‘iter’ comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique²³.

Esta definición agrega un elemento importante al tema: resalta el carácter bilateral —como mínimo— de la comunicación telefónica y, por lo tanto, advierte que en su ejecución se involucran derechos fundamentales del investigado y de los terceros con los cuales el imputado puede comunicarse²⁴, por lo que resalta la potencialidad que tiene la medida de intervenir en derechos fundamentales de manera amplia.

De otra parte, la Fiscalía General del Estado reconoce a las intervenciones telefónicas como un medio de investigación necesario para esclarecer las actividades delictivas y, con ello, mantener el orden social y la seguridad ciudadana; además advierte que sus posibilidades técnicas de acción —captar el contenido de la comunicación o de otros aspectos del ‘iter’ comunicador— se han acrecentado, por lo que aboga por su uso racional dentro de los límites de la legalidad.

²² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas...*, *cit.*, pp. 12 y 13.

²³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 14.

²⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 85.

La doctrina también ha proporcionado numerosas definiciones de intervenciones telefónicas y entre estas, hemos escogido dos: la de LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, porque señala sus particularidades que son de utilidad para definir sus condiciones y características propias, y la de CASANOVA MARTÍ, por ser concreta, lo que evita que los cambios técnicos alteren su vigencia.

De acuerdo con LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, las intervenciones telefónicas que pueden ser acordadas en un proceso penal por delitos comunes son "...[a]quellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano 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 al delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios"²⁵.

Esta definición se extiende a incluir, dentro del concepto de comunicaciones, aquellos elementos anexos que van más allá de su mensaje, conforme lo indicó la STC 114/1984, que hace referencia a la protección del secreto del contenido de la comunicación y de otros aspectos externos de la misma, como la identidad de los interlocutores²⁶.

Debe aclararse que el acceso a todos estos aspectos externos a la comunicación entrarán dentro del concepto de intervención de comunicaciones, siempre y cuando se capten durante el uso del teléfono, ya que una vez ha finalizada la

²⁵ LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Ed. Cóllex, p. 12.

²⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre: "Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 —caso Malone— reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los número telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma".

conversación, el régimen de protección para cada uno de estos aspectos será diferente.

Adicionalmente, pareciera extraño que esta definición hiciera referencia a delitos comunes, cuando de acuerdo con la jurisprudencia y a la doctrina — incluyendo la misma obra de donde se ha extraído esta definición—, para que la medida de intervención telefónica sea ajustada a Derecho debe adoptarse dentro de investigaciones por delitos graves²⁷, por lo que a esta expresión deberá dársele el alcance que le otorga MONTERO AROCA, quien aclara se están excluyendo los delitos relacionados con el terrorismo, la intervención al proceso militar y las comunicaciones de los internos en establecimientos penitenciarios²⁸.

De acuerdo con lo anterior, los “delitos comunes”, cuya investigación se hace posible o se enriquece a través de las escuchas telefónicas, no son delitos de poca importancia, como lo han advertido la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado y la LO 13/2015 que reforma la LECR.

Por su parte, CASANOVA MARTÍ concibe la intervención telefónica como un “acto de investigación propio de un proceso penal por el cual el juez de instrucción limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que está sometida al mismo”²⁹. En posterior definición, la autora ya no se refiere al Juez de Instrucción sino que habla simplemente de un juez, definiendo las intervenciones telefónicas como “...unas diligencias de investigación de la fase de instrucción en un proceso

²⁷ STC 166/1999, de 27 de septiembre: “En virtud de lo expuesto, ha de entenderse existente y exteriorizado en el Auto de autorización de 18 de febrero de 1993, en primer término, el presupuesto habilitante para la intervención telefónica como *prius* lógico de la ponderación de la proporcionalidad de la medida, así como la ponderación de ésta como necesaria, una vez realizadas investigaciones por medios menos lesivos de derechos fundamentales, y adecuada para obtener informaciones relevantes para la investigación en curso de un delito, que, de conformidad con nuestro ordenamiento, ha de calificarse de grave. A todo ello, ha de añadirse la individualización de la persona investigada y de la fuerza policial autorizada, el límite temporal de la medida y el necesario informe semanal del resultado de la intervención telefónica acordada”.

²⁸ MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 18 y 19.

²⁹ CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 66.

penal, por el cual un juez limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que está sometida a la medida”³⁰.

Estas definiciones, a pesar de ser muy concretas, implican varias particularidades de las intervenciones telefónicas: se trata de un acto de investigación, es decir, una técnica de investigación dentro de un proceso penal, lo que determina que tenga que ser regulada por el Derecho Procesal penal, y que se dicta respecto de quien está siendo investigado dentro del proceso, por lo que con esa medida se le causa una injerencia de su derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

1.4. Características generales de las intervenciones telefónicas

De todas estas definiciones se puede extractar que las intervenciones telefónicas, materia de este trabajo, consisten en técnicas de vigilancia electrónica de las comunicaciones orales privadas que se adelantan a través del teléfono. Y al tratarse de unas conversaciones privadas, tienen injerencia en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y, ocasionalmente, en otros derechos relacionados con la privacidad y se realizan dentro de un proceso penal, de conformidad con las normas procesales penales.

El término “privacidad” que se ha aplicado a las conversaciones, aparece en la STC 18/2015³¹, y abarca los derechos consagrados en el art. 18 CE.

En síntesis, las características principales de las intervenciones telefónicas son las siguientes: En primer lugar, su objeto son las comunicaciones orales privadas, que son el objeto de garantía del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y, eventualmente, pueden tener injerencia en otros derechos fundamentales, como el de la intimidad y el de la protección de datos de carácter personal, también llamado *libertad informática*.

³⁰ CASANOVA MARTÍ, Roser, “Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador del Código Procesal Penal”. En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Víctor Catena dir., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 545.

³¹ La STC 18/2015, de 16 de febrero, se dictó a consecuencia de un recurso de amparo por la toma de unas filmaciones y fotografías que había hecho el recurrente durante un viaje con su pareja, las cuales fueron difundidas por televisión. El Tribunal indicó no se había respetado el derecho su la imagen al haberse captado imágenes del su ámbito personal y privado.

En segundo lugar, son un medio de investigación que consiste en vigilar, mediante dispositivos electrónicos, las conversaciones orales y privadas de quienes están siendo investigados. Dicho de otra forma: las intervenciones telefónicas son una modalidad auditiva de la técnica especial de investigación conocida como vigilancia electrónica.

En tercer lugar, la intervención se realiza a través del teléfono, que es el medio de transmisión de estas comunicaciones orales a distancia vigiladas; aparato, que como sabemos ha venido cambiando en tecnología y diseño a través de los tiempos.

En cuarto y último lugar, son actividades de investigación criminal que se desarrollan en el marco de un proceso penal y tienden a convertirse en prueba para ser expuestas en el juicio oral, por lo que están reguladas en la legislación procesal penal. En el momento presente, en los Capítulos IV y V del Título VIII del Libro II de la LECR, que fueron incluidos por la LO 13/2015, que vino a modificar los numerales 2 y 3 del art. 579 LECR y en otras normas complementarias, entre ellas, la Ley General de las Telecomunicaciones.

Entre estas cuatro características básicas de las interceptaciones telefónicas sobresale la relacionada con tener injerencia en derechos fundamentales, la cual merece una especial atención, ya que cuando la interceptación telefónica es manifiestamente violatoria de dichos derechos la actuación se torna ilegal, situación que trae como consecuencia que sus resultados directos e indirectos sean inexistentes y que se cometan delitos, cuestión que no ocurre cuando faltan las otras características, ya que en este caso no se estaría frente a una interceptación telefónica pero sí frente a otro tipo de actuación investigativa, procesal o probatoria.

Por lo anterior, este tema relacionado con la vulneración de derechos fundamentales y con los delitos que se derivan de las intervenciones telefónicas antijurídicas se tratarán prioritariamente junto con la definición de las escuchas telefónicas, aunque se retomarán al analizar cada una de las cuatro características.

1.5. Derechos fundamentales relacionados con las intervenciones telefónicas

Lo primero que hay que mencionar al hablar sobre derechos fundamentales es que estos son derechos subjetivos con un alto grado de importancia³², cuyo contenido y límites ha venido cambiando de acuerdo con diversos factores según se conciben su origen, la época histórica o la realidad social y cultural del contexto donde se analicen.

Es así como de acuerdo con el criterio *ius naturalista*³³ los derechos fundamentales han pertenecido al hombre en todos los tiempos y en todos los sitios, ya que son preexistentes al ordenamiento jurídico estatal, y ésta es razón suficiente para que reciban reconocimiento y protección.

En contraste con esta posición, las tesis positivistas consideran que los derechos fundamentales, que incluyen los derechos humanos, solo existen en la medida que se establecen dentro del ordenamiento jurídico estatal. Según esta posición, los derechos fundamentales son derechos importantes en cabeza del individuo que han sido reconocidos por la ley positiva.

Los dos planteamientos anteriores pueden fundirse en una tesis mixta, la cual indica que si bien es cierto que los derechos fundamentales proceden de un orden de valores anteriores al ordenamiento jurídico, solo adquieren naturaleza de derechos y se hacen exigibles mediante su positivización.

FERAJOLI reconoce que los derechos fundamentales cambian y que incluso cambian los derechos naturales; sin embargo, propone una definición teórica según la cual los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’³⁴ los seres humanos en cuanto son dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma

³² ARANGO RIVADENARIA, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Editorial Legis, 2005, p. 31.

³³ Dentro de los expositores de estas tesis se encuentran ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS.

³⁴ No obstante, el autor utiliza la palabra “todos”, más adelante, advierte que esa universalidad no es absoluta y trata sobre las desigualdades —naturales o culturales— de las personas que repercuten en desigualdades en los derechos de las mismas.

jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de sus actos que son ejercicios de estas³⁵.

Es que sin pretender contradecir los planteamientos *ius naturalistas*, según los cuales los derechos fundamentales son inmanentes y anteriores al Estado y al Derecho, es innegable que es el reconocimiento positivo de estos derechos lo que permite que tengan una vinculación inmediata, que su limitación esté reservada a la ley, que tengan un contenido esencial que sirva como límite al legislador y que se amparen mediante acciones judiciales.

De acuerdo con estos planteamientos, puede observarse como en el ordenamiento español pueden catalogarse como fundamentales los derechos que reúnen las siguientes tres condiciones³⁶:

a) Que se trate de derechos enunciados en el texto constitucional, donde se ha considerado que los derechos fundamentales aparecen en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I.

b) Que sean derechos que su titular pueda exigir inmediatamente ante la rama judicial y en los términos del 53.1 CE. En concordancia, el art. 7.1 LOPJ señala que los derechos del Capítulo II del Título I de la CE vinculan a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo su respectiva tutela, aunque el derecho de amparo no se les aplique a todos.

c) Que su contenido esencial limite al legislador, y aunque se admite que los derechos tengan límites —como sucede al confrontarlo con derechos de los otros, en los estados de excepción o en los casos contra el terrorismo—, es innegable que los derechos fundamentales son una barrera.

En consecuencia, las normas sobre derechos fundamentales no pueden reformarse sino mediante el trámite agravado del art. 168 CE, que dispone una serie compleja de gestiones a seguir cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte a: el Título Preliminar; el Capítulo Segundo

³⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, 7.^a ed., Editorial Trotta, 2010, p. 37.

³⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María, “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”. En: *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Valladolid, Lex Nova y Thomson Reuters, 2013, pp. 402-403.

—Sección Primera— del Título I o al Título II, con lo que se espera darle estabilidad y seguridad jurídica a los asuntos allí tratados.

Este trámite se encuentra en la misma norma, la cual indica que se requiere la aprobación por mayoría de dos tercios del Congreso y del Senado. Hecho lo anterior, se disuelven las Cortes y se convocan a nuevas elecciones. Posesionadas las nuevas Cortes, éstas deben aprobar la modificación nuevamente por mayoría de dos tercios; y, por último, la reforma se somete a referéndum obligatorio para su ratificación.

Con relación a la titularidad de los derechos fundamentales, estén o no consagrados en una ley positiva, puede indicarse que todos los hombres poseen, en principio, la titularidad activa de estos derechos, aunque algunos de ellos admitan excepciones, como es el caso de los derechos políticos, que se reservan para los ciudadanos de un país, excluyendo, por tanto, a quienes carecen de dicha ciudadanía.

De otra parte, el estado ostenta la titularidad pasiva porque es el primer obligado a reconocer y a hacer efectivos los derechos fundamentales de sus habitantes. De hecho, existen derechos fundamentales que solamente pueden exigírsele al Estado, como es el caso del sufragio, el acceso a los cargos públicos, el principio de legalidad penal, las garantías del detenido o las expropiatorias.

Sin embargo, los particulares también deben reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en cabeza de sus semejantes por lo que, en consecuencia, éstos ostentan las calidades de sujetos activos y pasivos de derechos fundamentales iguales o diferentes³⁷.

Con relación a las posibilidades que tiene el titular activo de un derecho fundamental, éste puede tener dos clases de expectativas con respecto al sujeto pasivo de los mismos: ‘expectativas negativas’, es decir, que se espera que el sujeto pasivo no interfiera con el derecho del cual se es titular activo, o ‘expectativas positivas’, cuando se puede exigir al sujeto pasivo realizar acciones que permitan que el derecho fundamental se haga viable. La definición de FERRAJOLI menciona ambas clases de expectativas.

³⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María, “Los derechos fundamentales . . . , *cit.* , pp. 417-418.

Es así como el derecho a la intimidad del domicilio del art. 18.2 CE genera expectativas negativas, ya que lo que su titular espera y puede exigir es que no haya intromisiones a su morada; por el contrario, el derecho a la educación del art. 27 CE supone una obligación positiva, porque para que el titular activo de este derecho pueda hacer uso del mismo el Estado debe garantizarle tener el acceso a la enseñanza, ya que de lo contrario este derecho no sería viable.

De otra parte, y como se enunció al principio de este capítulo, el contenido y límites de los derechos fundamentales han venido cambiando según ha progresado la concepción del origen de los derechos y según la época histórica o la realidad social, o cultural, de donde se analizan.

En Grecia, por ejemplo, era evidente que el Estado prevalecía sobre el individuo, concepción que se traspasó a Roma y se mantuvo durante la Edad Media³⁸. Esta idea se apoyaba en el carácter divino atribuido al Estado y a su gobernante, y al creerse que el Estado o el gobernante provenían de la divinidad, no cabía la posibilidad de considerar la existencia de derechos inmanentes en cabeza de los súbditos.

La concepción greco-romana finalizó con la revolución francesa, cuando por influencia de la Ilustración se dejó de apelar al poder divino y se concibió el poder en cabeza de la nación, por lo que el poder recaía en los hombres que la conformaban, y por consiguiente, estos eran sujetos de derechos.

En 1789 surgió la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Bajo este nuevo enfoque, y sus principios, se incorporaron a la Constitución Española de 1812. Aunque no pueda negarse que subsistieron prácticas absolutistas e imperó un Estado policial, las consignas empleadas se referían a la libertad, la igualdad y la fraternidad que compusieron la filosofía que animó la revolución, por lo que los aportes de esta Declaración continúan estando vigentes y han sido retomados en tratados posteriores.

En el siglo XX, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, se creó la Organización de Naciones Unidas (ONU). Durante el primer período de las sesiones de la Asamblea General, se examinó lo que sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo texto fue presentado finalmente a la Asamblea en

³⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...*, cit., pp. 10-11.

1948, "...como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción"³⁹.

En adición a esta Declaración, el 4 de noviembre de 1950 se firmó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que constituye la piedra angular de protección de los derechos fundamentales en la región, ya que a través de este instrumento los estados parte se obligan a garantizar dichos derechos y son sancionados en caso de vulnerarlos.

Sin embargo tal como lo resalta Ferrajoli⁴⁰, a pesar de existir tratados internacionales que acuerdan los mismos derechos fundamentales, su consagración y alcance no es idéntico en todos los Estados partes del mundo, ya que la forma en que estos se hacen valer depende de la concepción cultural y social de cada nación. La prevalencia de los derechos fundamentales seguirá dependiendo del modelo de Estado que se tenga, de la historia y de la cultura que imperen en cada uno de los Estados y, por esta razón, no puede homogeneizarse a ultranza mediante el derecho positivo.

Por lo anterior, cuando se trate de un Estado de corte liberal, se dará primacía a los derechos de libertad tradicionales, es decir, aquellos que demandan del estado la obligación de no injerencia. Con lo que el Estado liberal cumple con permitir hacer sin intervenir.

En contraposición, cuando se trate de un Estado social, no le es suficiente permitir a sus asociados actuar sin entrometerse, en la medida en que éste tiene el compromiso de hacer viables los derechos vitales y de garantizar otros, conocidos como derechos fundamentales sociales, lo que le genera al estado social obligaciones positivas de hacer.

³⁹ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, Valladolid, 4.ª ed., Editorial Trotta, 2000, pp. 860-863.

En este sentido, España es un Estado social y el Tribunal Constitucional ha indicado que los derechos fundamentales “son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia”⁴¹.

Estas garantías se dan bien sea mediante prestaciones activas o pasivas, ya que este Tribunal también ha señalado que los derechos fundamentales no se limitan a ser derechos de defensa de los sujetos frente al Estado, sino también constituyen deberes estatales positivos que están reflejados en el art. 9.2 CE⁴².

1.5.1. Suspensión general e individual de los derechos fundamentales

Aunque los derechos fundamentales constituyen un límite para el legislador, pueden suspenderse de manera general o individual. Al respecto, el art. 55 CE, que establece la suspensión de los derechos y libertades, consagra dos modalidades de suspensión: la primera se presenta en los estados de excepción del art. 116 CE, y la segunda se relaciona con los eventos de terrorismo. Y, dentro de las dos modalidades, cabe la posibilidad de suspender el derecho del secreto de las comunicaciones.

1.5.2. Límites de los derechos fundamentales

Mientras que los eventos de suspensión de derechos fundamentales obedezcan a circunstancias extremas y externas, su limitación se presenta permanentemente debido a circunstancias internas y de ponderación debido a que todos los derechos fundamentales, de todas las personas, coexisten entre sí.

Esta circunstancia trae como consecuencia la imposibilidad de que todas las personas puedan ejercer sus derechos fundamentales de manera ilimitada, por lo que se imponen límites intrínsecos o extrínsecos entre los derechos de los unos y de los otros.

⁴¹ STC 25/1981, de 14 de julio.

⁴² STC 53/1985, de 11 de abril, que decidió sobre la constitucionalidad de la despenalización del aborto.

Los límites intrínsecos corresponden a su misma naturaleza, a su función social objetiva y subjetiva y los límites extrínsecos, derivan de la coexistencia de otros sujetos provistos de los mismos derechos en el mismo ordenamiento jurídico⁴³.

En la STC 11/1981⁴⁴ el Tribunal Constitucional hizo énfasis en que no existían derechos fundamentales ilimitados y que, por el contrario, todo derecho tenía sus límites.

Este mismo planteamiento se expone en la STC 2/1982⁴⁵, donde se le dio prevalencia a los derechos a la dignidad e integridad moral de un empleador sobre las libertades de expresión y de reunión de sus trabajadores. La situación se presentó cuando los trabajadores, para exigir el reintegro de una compañera, realizaron una manifestación frente al negocio, donde permanecieron con pancartas y exclamaciones, hecho que generó disminución en las ventas de ese día. Por esta razón fueron sancionados.

Considerando que dicha sanción había violentado sus derechos de reunión y manifestación, los trabajadores acudieron al Tribunal Constitucional, que no les

⁴³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 169 y 170.

⁴⁴ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁴⁵ STC 2/1982, de 29 de enero: “En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

Pues bien, hemos de afirmar que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (Tribunal Superior. 10 y 15 de la Constitución) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la Norma Fundamental. Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso, tal dificultad no se presenta en el que es objeto de consideración dada la claridad con que se observa que los derechos constitucionales invocados no pueden comprender actuaciones como las relatadas en los resultandos de hechos probados de las Sentencias impugnadas”.

dio la razón, sino que resaltó que los derechos fundamentales tenían unos límites, lo cuales habían sido establecidos por Constitución o provenían de una norma de manera mediata o indirecta.

Agregó que dichos límites surgían ante la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente protegidos y, respecto de ese caso, indicó que las facultades de reunión y manifestación de los trabajadores estaban ejerciendo un poder intimidatorio, por lo que se habían excedido traspasando su límite.

En la STC 207/1996⁴⁶, el Tribunal indicó que los presupuestos que justifican la injerencia de cualquier derecho fundamental de manera constitucional, objetiva y razonable, son los siguientes:

- la existencia de un fin constitucionalmente legítimo;
- la observancia del principio de legalidad⁴⁷, ya que los derechos fundamentales se desarrollan mediante leyes orgánicas;
- la existencia de una resolución judicial motivada, medida que siempre es necesaria para la limitación del secreto de las comunicaciones en lo penal; y
- la aplicación estricta del principio de proporcionalidad, que implica que la medida debe ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo que se pretende, imprescindible y que los beneficios de su aplicación sean mayores que las desventajas que genera.

1.5.3. Derechos fundamentales del art. 18 CE relacionados con las intervenciones telefónicas

El derecho fundamental que resulta vulnerado al intervenir una conversación telefónica es el derecho al secreto de las comunicaciones, pero eventualmente, también puede vulnerarse el derecho a la intimidad personal y familiar. A mayores, esta medida puede afectar el derecho a la protección de datos de carácter personal,

⁴⁶ STC 207/1996, de 16 de diciembre.

⁴⁷ En el mismo sentido y con relación a la reserva de ley, la STC 49/1999, de 5 de abril, destacó que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, bien sea en su desarrollo (art. 81.1 CE) o en su limitación (art. 53.1 CE) precisaba de una habilitación legal, y en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

bien sea porque éstos formen parte de la comunicación o porque las diligencias de investigación conexas a la intervención de los teléfonos pueden intervenir en este derecho fundamental.

Estos tres derechos —al secreto de las comunicaciones, a la intimidad personal y familiar, y a la protección de datos de carácter personal— se encuentran dentro del art. 18 CE, que señala lo siguiente:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

Como puede observarse, los cuatro apartados del art. 18 CE protegen cuatro diferentes aspectos de la privacidad, circunstancia por la que suelen relacionarse de tal manera, que al intervenir en alguno de estos, se pueda tener injerencia sobre los demás.

Adicionalmente, las intervenciones telefónicas se entrelazan en la práctica de la libertad de información del art. 20.1 CE., aspecto en el cual se profundizará más adelante, al analizar la causas de antijuridicidad de los delitos en contra de la intimidad.

La ubicación de estos derechos en la misma norma ha dividido la doctrina en cuanto a si realmente son derechos diferentes o si se trata del mismo derecho en diferentes manifestaciones.

MARTÍN MORALES⁴⁸, ha agrupado los argumentos de unos y de otros de la siguiente manera.

⁴⁸ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Ed. Civitas, S.A., 1995, p. 36.

1) Planteamientos de quienes siguen la idea que los apartados del art. 18 CE no son dos derechos diferentes sino que se trata de manifestaciones diferentes del mismo derecho a la privacidad:

a) el fin jurídico último es el mismo y consiste en garantizar a la persona el control de sus datos o circunstancias personales;

b) el art. 18 CE completo se ancla en el derecho a la intimidad, si hubiera otro derecho, se hubiera consagrado en otra norma; en este orden de ideas, la inviolabilidad de las comunicaciones funciona como garantía de la intimidad;

c) si fueran derechos diferentes, sólo podría limitarse el derecho al secreto de las comunicaciones, ya que es el único que presenta una salvedad expresa en la CE, lo que significaría que el derecho a la intimidad sería ilimitado, lo cual no es cierto.

De acuerdo con esta visión unificadora, el derecho a la intimidad incluye: la intimidad personal y familiar, la intimidad domiciliaria, la libertad y confidencialidad de las comunicaciones privadas y, finalmente, el *habeas data*, que es la faceta informática de la intimidad⁴⁹.

2) Los puntos para indicar que se trata de derechos diferentes son los siguientes:

a) si todos los apartes consagraran el mismo derecho, la norma se tornaría repetitiva;

b) el derecho del art. 18.3 CE tiene un contenido formal, mientras que el derecho del art. 18.1 posee un contenido material⁵⁰;

c) el apartado primero del art. 18 CE se enmarca en lo personal y familiar mientras que el apartado tercero es más amplio, porque cubre las comunicaciones que se tengan con cualquier persona;

⁴⁹ QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Thomson Aranzadi, 6.ª ed., 2007, p. 398.

⁵⁰ STC 114/1984, de 29 de noviembre: “El concepto de ‘secreto’ en el art. 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la Las personas jurídicas, por su misma naturaleza, no pueden ser titulares del derecho a la intimidad personal ni familiar, pero si del derecho al secreto de las comunicaciones).

d) el *status* de ciertas personas —famosas o públicas— determina un manejo diferente de su derecho a la intimidad, pero no sucede lo mismo con su derecho al secreto de las comunicaciones, si fueran lo mismo no existiría esa diferencia;

e) históricamente el derecho al secreto de la correspondencia, vertiente de las comunicaciones en general, es más antiguo que el mismo derecho a la intimidad.

Esta posición que diferencia los derechos relacionados con la privacidad ha sido la reconocida por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo⁵¹.

Dicha separación se realizó en un principio respecto al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones —ya que el de la inviolabilidad de domicilio no presenta estas confusiones—. Posteriormente, el Tribunal Constitucional advirtió que el derecho a la protección de datos era otro derecho totalmente diferente a la intimidad y al secreto de las comunicaciones⁵². Derechos diferentes que, al estar

⁵¹ STS 588/2002, de 4 abril, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín: “1. Así, inicialmente ha de recordarse cómo el secreto de las comunicaciones, entre las que lógicamente se incluyen las telefónicas, es derecho constitucionalmente reconocido, con carácter de fundamental, en el art. 18.3 de nuestra Norma Suprema (RCL 1978\ 2836; Ap NDL 2875), cuando afirma que «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial». Precepto que, a su vez, es en gran medida trasunto de otros textos supranacionales anteriores en el tiempo, suscritos por nuestro país y de obligada vigencia interpretativa en lo relativo a los derechos fundamentales y libertades (art. 10.2 CE), cuales son el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos LEG 1948\ 1 (DUDH), adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948, el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), del 4 de noviembre de 1950 en Roma (RCL 1979\ 2421; Ap NDL 3627), y del art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del 16 de diciembre de 1966 en Nueva York (RCL 1977\ 893; Ap NDL 3630), que vienen, todos ellos, a proclamar el derecho de la persona a la protección contra cualquier injerencia o ataque arbitrario en el secreto de su correspondencia, alcance que doctrinalmente se ha venido extendiendo al resto de las comunicaciones, en concreto también a las telefónicas”. Y STS de 24 de marzo de 2010: “Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción «iuris et de iure» de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genético sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional”.

⁵² STC 292/2000, de 30 de noviembre.

relacionados con el concepto de la privacidad, pueden agruparse sin necesidad de confundirse, situación que se da al analizar el bien jurídico tutelado en el Capítulo I del Título X del Código Penal.

Esta consagración conjunta, que también se evidencia en el Código Penal, no es exclusiva de la normatividad interna española. Por el contrario, se observa en los siguientes tratados internacionales:

– El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que expresa: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra o a su reputación”.

– El art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que indica: “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 honor y reputación”.

– El art. 16 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que señala: “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales en contra a su honra y a su reputación”.

– El art. 8, ordinal 1, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

– Los arts. 9 y 10 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, que consagran respectivamente la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia.

– El art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, que anuncia: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales contra su honra o reputación”. En el ordinal 3 se advierte que las personas tienen derecho a la protección legal en contra de este tipo de ataques.

– El art. 6.2 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución del 16 de Mayo de 1989, el cual incluye expresamente la protección a las comunicaciones, ampliando el marco de las anteriores convenciones que apenas se referían a la correspondencia. En

dicha declaración se dice literalmente: “Se garantizará el respeto de la esfera privada y de la vida familiar, del honor, del domicilio y de las comunicaciones privadas”.

– La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, prohíbe el tratamiento de datos sobre origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas y la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad.

– La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, protege el tratamiento de los datos personales y la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Como puede observarse, unos y otros combinan los derechos consagrados en el art. 18 CE.

La jurisprudencia constitucional alemana⁵³ señaló que la dignidad humana enmarca la protección nuclear de la configuración privada, por lo que consideró, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia española, que para ejercer vigilancia sobre las comunicaciones debían existir indicios respecto a que no se captarán aspectos que pertenezcan a este ámbito sino delitos. Sin embargo, esta posición de la jurisprudencia y de la doctrina alemanas va más allá y, ordena la interrupción inmediata de la vigilancia —incluyendo la telefónica— en el preciso momento en que aparezcan indicios de que se estén captando expresiones propias del ámbito privado.

La problemática que presenta esta medida consiste en que si una vigilancia a través de la intervención telefónica se interrumpe inmediatamente la Policía Judicial oiga algo que le resulte íntimo, esta decisión y falta de continuidad en la vigilancia de las comunicaciones mermaría la eficacia de la medida de investigación, ya que durante la desconexión podrían comunicarse datos relevantes, y también

⁵³ ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 49 y ss.

porque el lenguaje aparentemente íntimo podría ser solamente un lenguaje cifrado⁵⁴, por lo que sería un error dar fin a la vigilancia en momentos en los cuales lo que se requiere es que la Policía Judicial esté pendiente del contenido de la comunicación.

De otra parte, si el juez o autoridad competente que autoriza la intervención telefónica ya conoce, de manera *ex ante*, que esta medida podría no ser eficaz porque al escuchar cierto tipo de conversaciones se va a desconectar la vigilancia, y que posiblemente, al hallarse desconectada, no se sabrá cuando es procedente e importante reanudar la conexión, el funcionario difícilmente podrá autorizar dicha medida porque uno de los requisitos para que esta proceda es que sea eficaz.

No obstante lo anterior, cuando se constate que el asunto grabado sí pertenece únicamente al ámbito privado del investigado o de cualquier otro usuario de la línea telefónica, dicho asunto debe dejarse fuera de las actuaciones procesales y ordenar a quienes conocieron de este asunto en razón de sus funciones, guardar absoluta reserva de su contenido, dejándose en manos de afectado su incorporación⁵⁵.

1.5.3.1. Derecho del secreto de las comunicaciones

El ser humano es sociable por naturaleza, por lo que comparte sus vivencias y pensamientos con otras personas. En razón a esa dinámica, el ciudadano tiene el

⁵⁴ “Se entiende por mensaje cifrado el que implica la utilización de palabras o frases distintas a las usadas corrientemente por las personas en sus comunicaciones, o de aquellas que, si bien hacen parte del léxico común, se asignan, a manera de clave, a sujetos u objetos que normalmente son designados por otros nombres. Es claro que el propósito del legislador no es otro que el de impedir, hasta donde sea posible, que los equipos de radiocomunicaciones sean utilizados para fines ilícitos al amparo de un lenguaje aparente, que en realidad busca disfrazar otro, el cual, a su vez, podría delatar o poner en evidencia las verdaderas intenciones de quienes participan en el diálogo, lo cual se presta para ocultar, facilitar o coordinar actos contrarios al ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-586/95, de 7 de diciembre).

⁵⁵ Así lo dispone actualmente el art. 588 ter i LECR, introducido por la Ley 13/2015.

derecho a escoger a quiénes comunica sus asuntos y a quiénes no, independiente del carácter íntimo o público de lo que se encuentre comunicando⁵⁶.

Este derecho se protegió por primera vez, aunque refiriéndose sólo a la correspondencia, en el art. 7 de la Constitución de 1869⁵⁷. La protección continuó ulteriormente en el art. 7 de la Constitución de 1876⁵⁸, y luego en el art. 32 de la Constitución de 1931⁵⁹, hasta el actual art. 18 CE, que en el apartado tercero se refiere a la protección de la comunicación entre personas determinadas⁶⁰, incluyendo aquella que se realiza de manera verbal, independiente del carácter confidencial del contenido del mensaje transmitido.

Con relación a las tarjetas postales, el remitente no puede reclamar impermeabilidad total del contenido de su escrito pero ello no justifica que éste pueda ser conocido por terceras personas ajenas al circuito normal de esta clase de correspondencia⁶¹. Es de aclarar que cuando la Constitución se refiere a la

⁵⁶ NOYA FERREIRO, María Lourdes, *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 53.

⁵⁷ Art. 7 de la Constitución de 1869: “En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detener la telegráfica. Pero en virtud de un auto de Juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia y también abrirse en presencia de procesado la que se le dirija por el correo”.

⁵⁸ Art. 7 de la Constitución de 1876: “No podrá detenerse ni abrirse por Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo”.

⁵⁹ Art. 32 de la Constitución de 1931: “Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a n ser que se dicte auto judicial contrario”.

⁶⁰ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 51.

⁶¹ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 45. En el mismo sentido, la STC 70/2002, de 3 de abril: “Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producidos 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”. Ya en la STC 34/1996, de 11 de marzo, había indicado el tribunal que los teléfonos inalámbricos también eran teléfonos y que su intervención ilegal constituía delito: “Pues bien, el Juez y la Audiencia han llegado a la conclusión de que el art. 497 bis CP (*sic*) castiga la interceptación de las comunicaciones telefónicas mantenidas mediante cable tanto como las inalámbricas, a cuyo efecto razonan que «las comunicaciones entabladas por telefonía móvil automática deben ser consideradas

comunicación postal, se refiere a la forma de correspondencia pero no a los paquetes enviados por el correo, siempre y cuando solamente se trate de transportar mercancías⁶².

1.5.3.1.1 Concepto

El derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho que se configura en doble sentido: por un lado, se refiere a la posibilidad de comunicarse sin interferencias, trabas o limitaciones y por otro, implica la reserva de la comunicación⁶³. En otras palabras, consiste en la reserva de las comunicaciones a terceras personas, pero también protege el desarrollo ininterrumpido de una comunicación. A consecuencia de ello, el derecho se conculca tanto por el conocimiento antijurídico de lo comunicado como por su interceptación o interrupción⁶⁴.

A su vez, la comunicación —cuyo libre tránsito y reserva se protege— está constituida por cinco elementos: emisor, receptor, código, medio a través se realiza y contenido. Por lo tanto, el derecho se garantiza con respecto a todos sus elementos y no sólo con respecto al mensaje o al contenido, como lo señaló el

comunicaciones telefónicas; el teléfono inalámbrico de estas características es eso, un teléfono, aunque el sonido no se transmita por cable.... Es claro que no se ha producido una extensión analógica del tipo delictivo en demérito del principio de legalidad penal, sino que tanto el Juez como la Sala se han atenido a su texto, respetando así la voluntad del legislador”.

⁶² MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier, “Paquetes postales y tráfico de drogas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, n.º 1949, 2003, pp. 3091 y ss.

⁶³ URBANO CASTRILLO, Eduardo de, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid, La Ley, versión kindle, 2011, Posición 92/5907. Y en el mismo sentido *vid.* la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁶⁴ STC 114/1984, 29 de noviembre: “El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del «secreto»— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)”.

TEDH en el caso *Malone vs Reino Unido* de 2 de agosto de 1984, posición que después recogió la STC 114/1984, de 29 de noviembre.

En cambio, cuando la comunicación ya ha finalizado, no puede afectarse el derecho al secreto de la misma pues ya no existe, de tal manera que el conocimiento antijurídico sobre cualquiera de sus elementos ya no afecta el derecho al secreto de las comunicaciones pero, puede afectar el derecho a la intimidad⁶⁵, el derecho de la protección de datos de carácter personal o a ambos derechos, según sea el caso concreto.

El art. 18.3 CE extendió la protección constitucional a otros tipos de comunicaciones diferentes a la escrita, enunciando otro tipo de medios de comunicación como la telefónica. Sin embargo, hay que tener en cuenta que al tratarse de una referencia apenas enunciativa, pueden abarcarse todos los medios de comunicación que transmitan mensajes privados hasta ahora conocidos y también, los que puedan aparecer en el futuro⁶⁶. Dentro de las nuevas formas de comunicación protegidos pero que no están en el art. 18.3 CE se encuentra la mensajería digital que ahora cubre la LECR por la reforma de LO 13/2015, bajo la denominación de “comunicaciones telemáticas”.

Es un derecho que protege aspectos internos y externos de una comunicación, y esto significa de una comunicación en curso, ya que cuando esta ha finalizado ya no existe y la privacidad de los datos que haya generado será protegida por los arts. 18.1 y/o 18.4 CE.

De otra parte, la comunicación que se protege en el art. 18.3 CE es aquella realizada sin publicidad, por lo tanto secreta, de tal manera que es indispensable que los intervinientes cuenten con una expectativa de privacidad, aunque para ello no es imperativo que la conversación se adelante únicamente entre dos personas y puede tratarse de una conversación en grupo; en este último caso, los partícipes deben encontrarse unidos o relacionados por algún hecho que los cohesione como

⁶⁵ STC 70/2002, de 3 de abril.

⁶⁶ STS 367/2001, de 22 de marzo, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín; STS 301/2013, de 18 de abril, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; y STS 855/2013, de 11 de noviembre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

grupo privado, puesto que, de lo contrario, se trataría de una conversación pública y por lo tanto, de acceso general⁶⁷.

Sobre las comunicaciones públicas de acceso general, la LO 13/2005 dispone que para detectar y esclarecer delitos que puedan cometerse a través de medios informáticos, telecomunicaciones o servicios de comunicación, los funcionarios de Policía Judicial pueden actuar en los canales de comunicación abiertos, incluso con identidad supuesta⁶⁸.

El segundo componente de este derecho es el secreto sobre cualquier comunicación, independiente de su contenido. Se trata de una garantía de carácter formal⁶⁹ que no depende del carácter íntimo de la comunicación.

En otras palabras, no puede afirmarse que sólo las conversaciones lícitas gozan de esta protección y que, por el contrario, las que tienen un contenido ilícito se encuentran fuera de ella⁷⁰.

El carácter formal de este derecho traduce que en España, ni se ordena la desconexión inmediata de una llamada intervenida cuando se tengan indicios de que la comunicación va a ser íntima, ni se valida el acceso a comunicaciones de contenido delictivo sin autorización judicial. Solo cuando el secreto de las comunicaciones depende del contenido de la misma, cabe la posibilidad de considerar que si el contenido de una comunicación es ilegal, no se encuentra protegida constitucionalmente⁷¹.

⁶⁷ NOYA FERREIRO, María Lourdes, *La intervención de comunicaciones orales...*, cit., p. 60.

⁶⁸ Art. 2 Ley 13/2005, que añade los apartados 6 y 7 al art. 282 bis LECR.

⁶⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

⁷⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento...*, cit., p. 67.

⁷¹ Tal es el caso en Colombia, donde se ha considerado que las escuchas telefónicas están relacionadas con el derecho a la intimidad (Sentencia C-594/14), el cual no se tiene como un derecho fundamental diferente del derecho al secreto de las comunicaciones. Esta posición se ha visto reflejada en el proceso penal de la retoma del Palacio de Justicia por parte del Ejército, donde los hechos ocurrieron de así: el edificio de la Corte Suprema fue ocupado a la fuerza, el día 6 de noviembre de 1985, por parte del grupo guerrillero M-19. Durante la retoma que hizo el Ejército, dos radio-aficionados quienes se encontraban observando los hechos decidieron intervenir los aparatos de radio que utilizaban los militares y entregar las grabaciones a un medio de comunicación radial. Estas grabaciones, obtenidas sin orden judicial y por parte de dos

Por esta razón el Tribunal Supremo, en la STS 734/1999, desestimó la intervención telefónica realizada por la Policía sin autorización judicial: se trató de una conversación donde se acordaba recibir narcóticos en la playa, y fue enfático en indicar el Tribunal Supremo que se trataba de una comunicación cuyo secreto estaba protegido en la Constitución, por lo que la Policía requería de autorización judicial para acceder al contenido de esos mensajes⁷².

particulares, sirvieron de base para la condena de uno de los militares (Coronel Alfonso Plazas Vega) como responsable del desaparecimiento forzado de algunos guerrilleros y civiles, que según indica el fallo, fueron sacados vivos del Palacio. Puede observarse que la Sentencia, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá (Radicado Número: 110010704003-2008-00025-09, de fecha 30 de enero de 2012), validó las escuchas y la legalidad de la actuación de los particulares con base en el contenido de los mensajes, en la medida que de estos se interpretó que estaban contraviniendo sus funciones constitucionales y legales a través de los radios que les habían sido asignados de dotación. De tal manera que se indicó en el fallo que los militares no estaban protegidos por el derecho a la intimidad durante las actuaciones ilegales: “Si bien es cierto que los agentes estatales en el ejercicio de sus funciones tienen derecho a la intimidad, y con ello al secreto de las comunicaciones, de modo que no es lícito que se les intercepte cuando cumplen sus funciones constitucionales y legales, si un servidor público desborda el marco legal y utiliza medios institucionales para la comisión de delitos de lesa humanidad, y, por ejemplo, si sus conversaciones son escuchadas o grabadas por cualquier persona y éste las aporta a un proceso, las acciones del buen ciudadano no puede ser objeto de persecución penal y el documento (la grabación) podrá ser valorado probatoriamente dentro la respectiva actuación. Esto es así porque cuando un agente estatal utiliza las herramientas que le ha entregado el Estado para el cumplimiento de sus actividades, tiene la obligación de darles un fin lícito y no podrá ampararse en que su derecho a la intimidad se vulnera cuando utiliza los medios estatales con el propósito de cometer delitos de lesa humanidad”.

La decisión hubiese sido contraria si el secreto de las comunicaciones fuera un derecho fundamental diferente y formal, donde las grabaciones no se hubiera podido usar bajo ninguna circunstancia.

⁷² STS 137/1999, de 8 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín: “Las comunicaciones telefónicas son especialmente sensibles para el debido desarrollo del derecho a la intimidad, en cuanto que, a su través y por los diferentes medios que permiten los avances tecnológicos del momento, se intercambian, mensajes de contenidos estrictamente personales y de marcado carácter intimista. El ámbito de protección de este medio de comunicación, no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No solo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas, se encuentran bajo la tutela judicial... Cualquier medio de

Se trata, entonces, de un secreto que se garantiza *ex ante* y no *ex post*, porque si se tuvieran que conocer los datos externos o internos de una conversación telefónica para poder otorgarle su *status* secreto y protegerla de la intervención de terceros, dicha actividad de aprensión de la comunicación sería necesariamente una vulneración de su secreto mismo.

Separar el derecho a la intimidad del secreto de las comunicaciones, otorgándole al primero un carácter sustancial o material y al segundo un carácter simplemente formal, evita que el contenido de las conversaciones pueda servir de excusa para avalar intervenciones ilegales y que se pueda concebir la flagrancia como argumento para validar escuchas sin orden judicial, tal como se consagró en el art. 351 CPPC⁷³, inciso declarado inexecutable por la Corte Constitucional⁷⁴. Sin embargo, el fundamento de la Sentencia solo se basó en la obligatoriedad constitucional de la orden judicial previa y no hizo alusión a que resultaba forzoso que la Policía Judicial escuchara las conversaciones antes de proceder la intervención del derogado Código de Procedimiento Penal, para que pudiera determinar que estaban relacionadas con un delito en fragancia.

Esta diferencia entre la intimidad y el secreto de las comunicaciones tampoco se ve aparecer en la Ordenanza Procesal Penal Alemana de 2005. En lo relacionado con las escuchas directas domiciliarias, dispone que si se observa y escucha algo íntimo, la grabación y escucha deben interrumpirse retirándose el material que alcanzó a ser visto y escuchado, disposición que la jurisprudencia amplió a la intervención de comunicaciones telefónicas⁷⁵.

En síntesis, el Tribunal Constitucional ⁷⁶ ha señalado las siguientes características del derecho de secreto de las comunicaciones:

1) es un derecho diferente a los otros consagrados en el art. 18 CE. Distinción que no es simplemente teórica, ya que conlleva una connotación práctica

escucha de conversaciones mantenidas a través del soporte telefónico (scanner u otro artificio técnico adecuado) debe ir precedido de la correspondiente autorización judicial. Se cubre con ello, el contenido mínimo esencial del mecanismo de protección constitucional”.

⁷³ Decreto 2700/1991, de 30 de noviembre, que consagraba el Código de Procedimiento Penal Colombiano.

⁷⁴ Sentencia C-657/1996, de 28 de noviembre.

⁷⁵ ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación...*, cit., pp. 49-52.

⁷⁶ STC 281/2006, de 9 de octubre.

fundamental, pues el límite expreso fijado en la Constitución para este derecho — la resolución judicial— no aparece para los derechos contenidos en los arts. 18.1 ni en el 18.4 CE;

2) está delimitado a la comunicación que se encuentre en curso, en todos sus elementos externos e internos y no solo respecto de su contenido.

3) se encuentra estrechamente vinculado con los valores de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad;

4) no es un derecho absoluto, conforme lo indican los arts. 8 CEDH, 17 PIDCP, 18.3 y 55 CE, y art. 579 LECR.

1.5.3.1.2. Surgimiento y protección normativa

La noción de comunicación privada a distancia nace como consecuencia de la evolución de la humanidad, porque con anterioridad a la correspondencia escrita la comunicación a distancia no era privada y consistía en mensajes tales como dibujos, señales de humo, etcétera.

Establecida la escritura y, con esta, la carta como medio de comunicación, se procuró que su transmisión fuera privada, cuestión que no era extremadamente complicada al ser la escritura conocimiento limitado a las élites y a los varones.

En Francia, Luis III y el Cardenal Richelieu crearon un establecimiento, conocido como *cabinet noir*, donde se controlaban las cartas personales consideradas sospechosas. La actuación era legal y funcionaron hasta 1790, año en que la Asamblea Nacional Francesa proclamó la inviolabilidad de la correspondencia y, en consecuencia, se suprimieron estos *cabinet noirs*.

De esta Proclama surgió el reconocimiento al secreto de la correspondencia para todos, que ha adquirido gran importancia en nuestra sociedad actual y se ha extendido a cualquier forma de comunicación, según sean los avances tecnológicos que permiten nuevas formas de comunicarse y, también, permiten la intervención de las comunicaciones, incluso por parte de los particulares⁷⁷.

⁷⁷ Algunos de estos métodos se ilustran en MURRAY, Kevin D., *Quit bugging me, your plan for stopping snoops and eavesdroppers without buying detection gadgets or hired a sweep team*, versión kindle, 2010.

La protección de este derecho prima sobre el derecho a la información del art. 20.1 CE, conforme lo indica el apartado 4 de esa norma.

Es así como en la STC 34/1996, de 11 de marzo, al resolver un recurso de amparo sobre una condena por el delito de revelación de secretos contra un periodista, quien ejerciendo periodismo de investigación había realizado unas grabaciones sin permiso judicial, el Tribunal Constitucional indicó enfáticamente que sin importar el interés que la comunidad pudiera tener en un asunto, el ejercicio libre de prensa no permitía desconocer el secreto de las comunicaciones, las cuales solamente podían intervenir mediante mandato judicial y en los casos excepcionales que se plantean, ante situaciones de terrorismo o dentro de las cárceles⁷⁸.

La importancia de este derecho conlleva que su protección constitucional se vea reforzada por la tipificación de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, tipificados en el Capítulo 1 del Título X del Código Penal, modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y el delito del art. 536.1 CP, que forma parte de delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías contra la intimidad.

Adicionalmente, la LO 1/1982, de 5 de mayo, señala en el art. 7 que constituye una grave vulneración al objeto de dicha Ley, entre otras conductas el utilizar aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para conocer la vida íntima de las personas o sus manifestaciones o correspondencia privada, ajenas a quien realiza esta intervención, así como su grabación registro o reproducción.

⁷⁸ STC 34/1996, de 11 de marzo: El ejercicio de este derecho no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás, sin prevalencia apriorística de cualquiera de ellos y por tanto, en un equilibrio inestable, sin que ninguno tenga carácter absoluto ni rango superior a los colindantes. Entre los derechos fundamentales que la norma constitucional enumera a título enunciativo y nunca como *numerus clausus*, se encuentra el que pone a buen recaudo la intimidad personal y familiar (art. 20.4 CE), con el que guarda un estrecho parentesco, por ser una de sus manifestaciones fenoménicas, el secreto de las comunicaciones y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (art. 18.1 y 3 CE), cuya interceptación por tanto significa «una grave injerencia» en aquél (STC 85/1984 [RTC 1984\85]).

Sin embargo, teniéndose en cuenta que los derechos fundamentales no son absolutos⁷⁹, y que además se delimitan unos a otros como lo dice el art. 10 CE⁸⁰, no se puede desconocer que existen bienes, fines y valores constitucionalmente reconocidos como prioritarios en la Constitución⁸¹, que traen como consecuencia la cesión de este derecho ante la necesidad de investigar un hecho criminal, por lo que la intervención telefónica realizada de conformidad con el ordenamiento jurídico conlleva a la realización de derechos y valores que se encuentran en la Constitución a favor de la sociedad y del individuo, vulnerados ante un crimen, que debe investigarse y sancionarse.

La facultad sancionadora del Estado, conocida como *ius puniendi* estatal, solo es válida si el proceso sancionador proviene de una investigación criminal eficaz, orientada a garantizar la protección de la sociedad y la del investigado.

En este orden de ideas, las intervenciones telefónicas no solo tienen injerencia en derechos fundamentales relacionados con la privacidad, que están consagrados en instrumentos internacionales, sino que de igual forma, su utilización es acorde a las finalidades de las Convenciones de Naciones Unidas en Contra de la Delincuencia Transnacional y la Convención de Naciones Unidas en contra de la Corrupción, que son otros tratados de Derecho Internacional de suma importancia ya que combaten flagelos que imposibilitan la seguridad y el bienestar de los Estados partes, asegurando las capacidades de éstos para investigar y sancionar esta clase de crímenes a través de las técnicas especiales de investigación, dentro de las

⁷⁹ Los límites específicos de los derechos fundamentales son de cinco tipos: a) los derivados de la propia naturaleza del derecho; b) Los derivados de la concurrencia de un derecho con otro; c) los emanados del status de determinada categoría de personas; d) los derivados de exigencias objetivas; e) los exigidos por circunstancias específicas de carácter temporal. FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el Derecho común europeo*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson, S.L., p. 52.

⁸⁰ STC 91/1983, de 7 de noviembre: “Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 CE)”.

⁸¹ STC 22/1984, de 27 de febrero: “Existen ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”.

que se encuentran las vigilancias electrónicas y las intervenciones telefónicas que, sin lugar a dudas, constituyen una vigilancia electrónica de las comunicaciones del investigado⁸².

Entonces, se puede afirmar que las intervenciones telefónicas son un medio eficaz de investigación de crímenes, cuya función se refuerza cuando sus resultados se recogen y aseguran, para convertirse en fuente de prueba durante el juicio⁸³.

Los límites al derecho del secreto de las comunicaciones están desarrollados en diversas disposiciones, de las que vale resaltar:

- el Título VIII LECR;
- la Ley 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia;
- el Título II, Capítulo VI, de la LOPPM de 2/1989, de 13 de abril; y
- el Título II, Capítulo VIII, de la LOGP de 1/1979, de 26 de septiembre,.

1.5.3.1.3. Titulares activos y pasivos

En primer lugar, todas las personas que participen de una comunicación poseen la titularidad activa de este derecho, bien sean emisoras o destinatarias del mensaje.

Sin embargo, cuando se trata de las comunicaciones telefónicas, existen limitaciones para algunas personas que se hallen en situaciones especiales: este es el caso de las personas jurídicas que, según aparece en la Constitución, gozan de los derechos fundamentales compatibles a su naturaleza, por lo que aunque les amparan el secreto de las comunicaciones⁸⁴, las conversaciones telefónicas solo pueden predicarse de las personas naturales. Esto no excluye la posibilidad que las escuchas telefónicas efectuadas al margen de la Ley sean el modo de afectar derechos patrimoniales de las sociedades si a través de dicho mecanismo se descubren secretos industriales o similares.

Con relación a los menores de edad, éstos también gozan de este derecho (art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor), sin perjuicio que

⁸² De acuerdo a los arts. 20 CNUDOT y 50 CNUC, las técnicas especiales de investigación son: la entrega vigilada, la vigilancia electrónica y el agente encubierto.

⁸³ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 91.

⁸⁴ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 74.

sus padres, tutores o curadores, en desarrollo de sus deberes de protegerlos, podrían llevarlos a la necesidad de conocer sobre sus comunicaciones privadas.

Los trabajadores gozan también de este derecho cuando se encuentran en su lugar de trabajo o con ocasión del mismo. Sin embargo, la empresa tiene el derecho de ejercer control sobre sus actividades, conforme aparece en el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁵, norma que está en concordancia con el art. 38 CE. Por lo anterior, el patrón puede acceder a comunicaciones del trabajador relacionadas con sus labores, siempre y cuando dicha escucha sea proporcional al fin lícito perseguido y el trabajador conozca, previamente, esta posibilidad de limitación de su derecho fundamental.

En el caso de los abogados defensores la protección es extrema⁸⁶, al igual que sucede con quienes deben guardar el secreto profesional. El art. 118.4 LECR indica que en ningún caso se permite intervenir las comunicaciones que una persona investigada, detenida o en prisión mantenga con quienes estén legalmente obligados a guardar su secreto profesional, salvo que estos también estén siendo investigados.

En segundo lugar, con relación a la titularidad pasiva, el Estado es el primer obligado a garantizar este derecho, aunque también le corresponde a los terceros respetarlo.

Conforme se analizará más adelante, la vulneración de este derecho por parte del titular pasivo puede constituir un delito o causal de ilegalidad probatoria.

Las escuchas telefónicas antijurídicas producen alarma dentro del conglomerado social, que han llevado a decisiones políticas de gran trascendencia, como es el caso de la renuncia del presidente de los Estados Unidos de América,

⁸⁵ En concordancia con el art. 38 CE, que dispone del reconocimiento de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y la protección de los poderes públicos de su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

⁸⁶ STS 79/2012, de 9 de febrero, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Esta disposición se reafirma en los arts. 118.4 y 520.7 LECR.

Richard Nixon, o el cierre de organismos de inteligencia o seguridad de algunos países⁸⁷.

Ahora bien, quienes participen de una comunicación no son sujetos pasivos del derecho del art. 18.3 CE respecto de ésta, por lo que pueden divulgarla, salvo los casos de secreto profesional⁸⁸. De tal manera que estas personas pueden comentar lo que han conversado por teléfono, grabar esa conversación, o permitir que alguien lo haga para difundir el contenido posteriormente⁸⁹. Esto también se aplica para la observación externa de la conversación o técnica de *bugging*, pues una persona puede permitir que en su teléfono se le instale un aparato que registre su llamadas y de hecho muchos aparatos telefónicos actuales lo hacen directamente.

⁸⁷ A título de ejemplo, tenemos en primer lugar al caso *Watergate*, a principios de los años setentas, que terminó con la única renuncia de un presidente de los Estados Unidos de América, Richard Nixon; de igual forma, el caso del CESID en España, Centro de Inteligencia creado en 1977 para proteger al Estado español, pero que desbordó sus funciones grabando las conversaciones de las personas más representativas del País y de sus visitantes, incluyendo entre estos al Rey de Marruecos, sin que mediara una finalidad lícita, por lo que terminó disolviéndose y sus responsables condenados. Por último, está el caso del agente norteamericano Snowden quien trabajó tanto con la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos –CIA- y en la Agencia de Seguridad Nacional NSA y quien en junio de 2013, entregó a los periódicos *The Guardian* y *The Washington Post*, documentos reservados como alto secreto, sobre varios programas de vigilancia masiva de la NSA, que se conocen como el PRISM y el XKeyscore.

⁸⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre: "...sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución". En el mismo sentido *vid.* la STS 45/2014, de 7 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

⁸⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 149.

Así lo han señalado Tribunal Constitucional⁹⁰ y el Tribunal Supremo⁹¹. Por esto, quien entrega a otro la carta recibida o amplifica su conversación telefónica para que la capten otras personas presentes, no viola el secreto de las comunicaciones, pero si el mensaje que le han transmitido tiene un contenido íntimo, si se encontraría violando el derecho a la intimidad de su interlocutor.

La grabación para divulgar el contenido de las propias conversaciones relacionadas con actividades delictivas por parte de la víctima resulta especialmente útil porque la grabación aporta un elemento probatorio válido al proceso⁹² y refuerza el testimonio de quien graba. No puede exigírsele a la víctima que sea sujeto pasivo del derecho del secreto de las comunicaciones de su victimario.

Ahora bien, es necesario que en estos casos las conversaciones sean espontáneas y no inducidas; y en caso de que se trate de una agencia encubierta, se deben cumplir los requisitos legales, en lugar de recurrir a la grabación de una conversación manipulada⁹³.

Esa fue la posición de la STS 914/1996, donde se indicó que para que la grabación del interlocutor tuviera plena validez era fundamental que se realizara con su verdadero destinatario y no con el funcionario encargado de la investigación, quien se encontraba simulando diferente condición. De acuerdo con esta sentencia, quien graba una conversación no puede valerse de engaños para lograr la información, salvo que se trate de un agente encubierto.

⁹⁰ STC 114/1984, de 29 de noviembre: “No hay «secreto» para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones”.

⁹¹ STS 239/2010, de 24 de marzo, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁹² STS 1017/2001, de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón: “...el contenido de una conversación telefónica puede llegar lícitamente al proceso por vía de reproducción oral si alguno de los interlocutores la difunde públicamente”.

⁹³ STS 914/1996 de 20 de diciembre, Ponente Sr. Francisco Soto Nieto.

Analizando el supuesto de hecho de esta sentencia, se observa que se trató de una forma irregular de infiltración más que de la violación de las comunicaciones telefónicas⁹⁴, en razón a que la Policía había incautado un teléfono móvil de una persona involucrada en una investigación sobre drogas y, aprovechando que a ese teléfono le entraban tres llamadas, las respondió fingiendo ser alguien relacionado con el usuario de la línea telefónica y, de esta forma, se consiguieron datos para la investigación. Sin embargo, la validez de esa información fue desestimada posteriormente por el Tribunal porque había sido suministrada por inducción a error.

Posteriormente, en la STS 2688/1997 el Tribunal avaló una actuación donde la Policía también contestó el teléfono ocupado sin identificarse y obtuvo datos relevantes para la investigación, pero en esta ocasión se dedujo que quien había hecho la llamada había debido reconocer la voz del destinatario y notar que quien le había respondido era alguien diferente y por lo tanto, no había habido engaño y por tanto, el mensaje se había dado libremente⁹⁵.

Como se indicó anteriormente, el interlocutor no está obligado a guardar el secreto de la conversación a menos que se trate de un secreto profesional pero en este caso, se exige que la conversación se a espontánea. Este es el caso contemplado por la STS 178/1996, de 1 de marzo⁹⁶, donde se prohibió utilizar una plática entre dos encausados de un delito de drogas, ya que quien grababa reconoció su participación en el crimen para lograr que el otro también lo hiciera y ante estos hechos, el Tribunal consideró que se trataba de una práctica

⁹⁴ RODRÍGUEZ LAINZ José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, Bosch, 2002. p. 160.

⁹⁵ STS 2688/1998, de 4 de junio, Sr José Augusto de la Vega Ruiz: “Es discutible entender la ilegitimidad constitucional de la conversación telefónica obtenida cuando el receptor de la llamada, que escucha lo que se dice, no es el destinatario de la misma, tanto más cuanto que la persona que la hace presumiblemente ha de conocer la voz de quien se pone al teléfono o de la que iba a ser destinataria de la llamada”.

⁹⁶ STS 178/1996, de 1 de marzo, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín: “El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes, ya que se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho”.

manipulativa que cercenaba el derecho del interlocutor inducido a no declarar en contra de sí mismo por lo que se le habían vulnerado sus derechos. En contraste con esta posición, en la STS 2081/2001⁹⁷, no se consideró que hubo vulneración de las garantías del art. 18.3 CE por cuanto se trataba de una agencia encubierta.

En consecuencia, al no estar obligado el interlocutor a proteger el secreto de la comunicación en la que hace parte, puede adelantar su conversación telefónica — libre de manipulaciones o engaños— delante de un tercero. El tercero puede escuchar ambos interlocutores o solamente lo dicho por quien permite la escucha⁹⁸.

Sin embargo, no todas las grabaciones de comunicaciones realizadas por un interlocutor pueden divulgarse. Las que están bajo el régimen del secreto profesional solo pueden ser grabadas, para su uso profesional, pero dicha grabación debe ser confidencial y quien debe guardar el secreto no puede revelarla sin el consentimiento del otro, de tal manera que si publica la grabación se vulnera el derecho a la intimidad⁹⁹ y se estaría cometiendo el delito tipificado en el art. 198 CP.

Otro supuesto en el cual no sería viable la grabación de comunicaciones ni su utilización, lo plantea MUÑOZ CONDE¹⁰⁰ cuando el partícipe graba la conservación con el único fin de tener un material que le permita chantajear a su interlocutor.

⁹⁷ STS 2081/2001, de 9 de noviembre, Ponente Sr. José Jiménez Villarejo.

⁹⁸ STS 1017/2001 de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón: “Pero es que, además, no se ha producido «intervención» telefónica alguna. Es cierto que, con la plausible voluntad de atenuar su responsabilidad a través de la fórmula legalmente reconocida de la reparación del daño (art. 21.5.º Código Penal), el citado recurrente efectuó una llamada telefónica a su compañero, utilizando su móvil y con la autorización policial, para pedirle que devolviese a la víctima las quinientas mil pesetas que habían sustraído ambos. Pero esta conversación no fue «intervenida» (los agentes no oyeron las respuestas) sino que se realizó voluntariamente en presencia de los agentes policiales y de modo que éstos pudieron oír únicamente las frases que pronunciaba el recurrente”.

⁹⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre: “...sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución”. En el mismo sentido la STS 45/2014, de 2 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

¹⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 109 y ss.

En este caso, la grabación de esa conversación propia constituiría el objeto material de un delito. En este punto, el autor hace una reflexión sobre la validez que podría tener el contenido de esa grabación en actuaciones judiciales diferentes al proceso penal que se adelantase por esa extorsión, y concluye que no podría utilizarse en contra del extorsionado, porque una interpretación contraria desanimaría denunciar el delito.

Para ello cita el ejemplo de una persona que haya contado por teléfono haber sido infiel y que su interlocutor graba la conversación y lo extorsiona. La víctima lo denuncia, con lo que la grabación es una pieza procesal del correspondiente juicio penal; pero aquí, el autor se plantea que no podría utilizarse en su contra dentro de un proceso de divorcio.

1.5.3.2. El derecho a la intimidad personal y familiar

Como se indicó anteriormente, quienes se comunican por teléfono privadamente tiene derecho a la protección constitucional sobre el secreto de su comunicación, que se conserva aunque dicha conversación se refiera a temas de público conocimiento.

Pero adicionalmente, si se accede antijurídicamente a una conversación sobre temas íntimos de los comunicantes, además de vulnerarse el derecho del secreto a las comunicaciones, se vulnera el derecho a la intimidad del interlocutor o interlocutores afectados, con lo que con una sola conducta se estarían vulnerando dos derechos fundamentales diferentes del art. 18 CE.

1.5.3.2.1. Concepto

La palabra intimidad viene del término latino *intimus*, y significa interior o interno y se utiliza para determinar la esfera más profunda, inherente y reservada a la personalidad del ser humano¹⁰¹. Es un derecho fundamental para la libertad y para el pluralismo.

La teoría más importante que desarrolla el concepto de intimidad se le atribuye a HUBMANN y se conoce como *teoría de las esferas*. De acuerdo con este

¹⁰¹ MADRID MALO-GARIZÁBAL, Mario, *Derechos fundamentales*, Bogotá, 3.^a ed., Ed. Panamericana, 2004, p. 356. En el mismo sentido *vid.* la STC 127/2003, de 30 de junio.

planteamiento, existen diferentes círculos dentro del derecho a la personalidad que emanan del individuo como esferas concéntricas en grado progresivamente mayor y, a medida que el radio de las esferas crece, la protección del derecho se hace menos intensa. De esta manera, se parte desde lo íntimo hasta lo público, y la graduación es diferente para cada persona, según sea su edad, las costumbres sociales y su notoriedad pública¹⁰².

La esfera más íntima corresponde a los pensamientos y sentimientos más personales del individuo, que sólo expresa mediante medios confidenciales. Este es el caso de la correspondencia o las conversaciones privadas, por lo que su injerencia debe darse únicamente en casos extremos.

Luego viene la esfera privada en sentido amplio, conformada por los hábitos que cotidianamente son reservados a su ambiente familiar o domiciliario y también gozan de protección constitucional.

Por último, aparece la intimidad gremial, ligada a la posibilidad de reservar cierta información, normalmente con fines económicos, como puede ser la propiedad intelectual, que se protege penalmente y a través de cláusulas de confidencialidad en los contratos¹⁰³.

¹⁰² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 31.

¹⁰³ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T 787/04 de 18 de agosto: “Dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad. Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizados aspectos íntimos de su vida. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. La tercera, involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse-en estos casos-el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona

El Tribunal Supremo ha considerado que lo íntimo no es equivalente a lo secreto, pero que de igual forma merece el respeto de todos para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de su titular. De esta forma, el Tribunal relaciona la libre personalidad y la intimidad¹⁰⁴. La intimidad es relevante al momento de tomar decisiones personalísimas y para la autorrealización personal, ya que influye en el derecho a decidir con quien se comparten hechos de la vida, sentimientos o pensamientos¹⁰⁵, y es necesaria para mantener la dignidad humana¹⁰⁶.

El derecho a la intimidad que contiene el art. 18.1 CE se concreta en la posibilidad de excluir a todos, o a algunos, del conocimiento de nuestros pensamientos o sentimientos de contenido privado¹⁰⁷. Si bien es cierto que la intimidad está conectada con la dignidad y con el honor, la vulneración del derecho de intimidad no significa vulneración automática del honor, ya que este requiere

estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse-conforme a derecho-la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual”.

¹⁰⁴ STS 20 de febrero de 1989, Sr Jaime Santos Briz: “La esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye aquel sector de circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de los titulares particulares, sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular, y merece también protección la personalidad frente a la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos”.

¹⁰⁵ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 29.

¹⁰⁶ STC 98/2000 de 10 de abril: “El derecho a la intimidad, como este Tribunal ha tenido ya ocasión de advertir, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, de 1 de diciembre [RTC 1988\ 231], 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991\ 197], 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994\ 99], 143/1994, de 9 de mayo [RTC 1994\ 143], y 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996\ 207], entre otras)”.

¹⁰⁷ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 22.

que haya publicidad, por lo que si los hechos deshonrosos y humillantes no se hacen públicamente conocidos, sólo habrá violación a la intimidad¹⁰⁸.

Al ser la intimidad un derecho de orden personal, su ejercicio y contenido queda directamente vinculado a la voluntad del titular¹⁰⁹ y adicionalmente, no es estable, ya que depende de la educación, de la cultura e incluso de la realidad política¹¹⁰. Todo esto significa que a diferencia del secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad es de carácter material.

De otra parte, mientras que el derecho al secreto de las comunicaciones siempre prima sobre el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la intimidad puede ceder ante éste.

El derecho a la libertad de expresión, al igual que los derechos del art. 18 CE, también se consagra doblemente en la Constitución Española: por un lado, forma parte del bloque de constitucionalidad ya que está reconocido en múltiples tratados¹¹¹ y aparece de manera expresa en el art. 20.4 CE, norma que de una vez, señala a este derecho fundamental dos restricciones: la primera es la veracidad y la segunda que no puede conculcar derechos reconocidos en la Constitución, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia.

Por lo anterior, cuando se enfrentan los derechos a la intimidad y a la libertad de comunicación, se hace necesaria una ponderación entre los mismos, y según sea el caso, primará uno u otro.

Como ejemplos tenemos dos conflictos que se resolvieron de manera opuesta en la T 094/2000, de 20 de febrero, de la Corte Constitucional Colombiana, que

¹⁰⁸ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 31.

¹⁰⁹ ESCOBAR LÓPEZ, Edgar, MARULANDA OTÁVALO, Luz Fabiola: *Derecho a...*, cit., p. 53.

¹¹⁰ NOYA FERREIRO, María Lourdes, *La intervención de comunicaciones orales...*, cit., p. 35.

¹¹¹ La Declaración de Derechos del 13 de febrero de 1689, del Parlamento Inglés donde se hace alusión a la libertad de expresión de los parlamentarios. Esta idea precisada en la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de Junio de 1776, redactada por un Congreso de delegados reunidos en Filadelfia —entre los cuales estaban, entre otros, Washington, Jefferson y Franklin—. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de Bogotá, 1948, art. IV; La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica en 1969, art. 13; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del Hombre de 1966 de Nueva York, art. 19.

revisó dos fallos de tutelas —derecho de amparo— en contra de dos emisiones de un programa de televisión de periodismo investigativo.

El primer fallo, la labor periodística secreta se trató de un médico que practicaba abortos ilegales, incluso de mujeres que no estaban embarazadas a quienes les entregaba un resultado falso de gravidez para poder fingir que les haría el procedimiento y cobrar por el mismo.

Una periodista del programa, previa comprobación de no estar embarazada, se acercó al consultorio, provista de cámaras y micrófonos escondidos. El médico le hizo el respectivo examen que, como se esperaba, resultó ser positivo aunque no fuera cierto, por lo que le programó fecha y hora para practicarle la intervención del aborto, momento en el cual el grupo periodístico se identificó.

El médico trató de impedir la transmisión del programa mediante acción de tutela alegando proteger sus derechos a la intimidad personal y los de su clínica, su honor y buen nombre y por último, su derecho al trabajo. Todo ello bajo la premisa de que la información había sido obtenida mediante la intromisión abusiva en su consultorio, con cámaras escondidas y maniobras periodísticas para atribuirle la comisión de los delitos de aborto y estafa.

La tutela le fue favorable en primera instancia, ya que, como en Colombia, la figura de agente encubierto no se limita al servidor público sino que abarca a los particulares, el Juzgado consideró que los periodistas estaban actuando como agentes encubiertos sin autorización previa de la Fiscalía General de la Nación, por lo que se había incurrido en una nulidad.

El programa apeló esa decisión y en segunda instancia se revocó porque se consideró que los periodistas no habían operado como agentes encubiertos sino que estaban realizando una denuncia dentro de la ejecución de la función social del periodismo.

Esta decisión fue ratificada por Corte Constitucional, pues se consideró que se estaba denunciando un delito grave en protección del bien común.

En contraste, en la segunda tutela la Corte consideró que la labor periodística sí había vulnerado derechos fundamentales del recurrente y tuteló sus derechos.

En esta oportunidad los periodistas ofrecieron carne de caballo a una salsamentaría, propuesta que se atendió pero nunca se concretó. Con posterioridad los periodistas acudieron abiertamente al negocio, a preguntarle al

carnicero si vendía de carne de caballo y ante su negativa, le pusieron de presente la grabación en la que había hablado de comprarla.

Al igual que en el caso anterior, el representante legal del negocio presentó una tutela, que en primera instancia, se falló en su contra porque el juzgado consideró que los periodistas estaban denunciando un hecho. La sentencia de apelación confirmó esta decisión. Sin embargo, al llegar a la Corte Constitucional fue revocada.

Entonces, la Corte dictó dos sentencias diferentes en casos aparentemente iguales, pero en verdad, había una diferencia entre los derechos protegidos en cada caso: en el primero, se estaban alertando conductas punibles contra la vida, el patrimonio económico y la fe pública, vulnerados en su máxima expresión por aborto, presentación de resultados falsos y hasta estafa al cobrar una intervención que no podía realizarse al no existir embarazo. En cambio, en el segundo caso, se trató de un asunto de sanidad, del derecho administrativo y no del penal, donde no justificaba una actuación secreta y además, las evidencias de un comportamiento irregular no fueron suficientes por lo que no han debido ser denunciados por televisión ante todo el País.

En otras palabras, en el primer caso la medida cumplió el requisito de la proporcionalidad y, en el segundo, el daño al buen nombre del carnicero fue desproporcionado.

1.5.3.2.2. Surgimiento y protección normativa

Con anterioridad a la Constitución de 1978 no existía una base normativa suficiente que protegiera el derecho a la intimidad: sólo se encontraban la protección del derecho a la correspondencia postal y telegráfica, y la inviolabilidad de domicilio.

Con la Constitución de 1978 se da a la intimidad el rango de derecho fundamental.

A su vez, el Código Penal protege la intimidad en el Capítulo I del Título X y la legislación en materia civil también protege y desarrolla este derecho, mediante las Leyes como la Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y de manera tangencial, la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter

personal, norma que regula el derecho protegido por el art. 18.4 CE., pero que también hace alusión a la intimidad.

De acuerdo a la Exposición de Motivos de LO 1/1982, los derechos protegidos en la Ley—y por lo que aquí interesa, el derecho a la intimidad personal y familiar—no pueden ser considerados absolutamente ilimitados: los imperativos del interés público pueden hacer que por Ley se autoricen algunas entradas en el ámbito de la intimidad, sin que pueda considerarse ilegítimo hacerlo.

Así también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional¹¹², cuando indicó que la intimidad no era un derecho de carácter absoluto, a pesar de que así pareciera en el texto constitucional.

De acuerdo a los direccionamientos generales, para limitar los derechos fundamentales se requiere de una finalidad constitucional legítima, de la respectiva ley orgánica, de autorización judicial y además la medida debe ser proporcionada. Tales son los parámetros que se aplican para limitar el derecho del art. 18.1 CE. Sin embargo, con respecto a este derecho, la Constitución no prevé taxativamente la necesidad de la autorización judicial, por lo que la Policía Judicial puede acceder a informaciones íntimas en caso de urgencia, siempre y cuando los beneficios de la intromisión, realizada de esta forma, resulten mayores a la afectación sufrida por el titular del derecho a la intimidad¹¹³.

1.5.3.2.3. Titulares activos y pasivos

El sujeto activo del derecho a la intimidad es toda persona humana, sin tener en cuenta su condición, nacionalidad, edad, sexo, creencias políticas o religiosas, entre otras. Y es que todas las personas integrantes del género humano tienen derecho a la intimidad personal y familiar, sin que pueda ubicarse en determinadas clases sociales o en cabeza de un número específico de personajes, ni tampoco se pueda considerar que otras carezcan del derecho, por las mismas razones.

Al lado de la titularidad del derecho por parte de la persona natural, la STC 231/1988, de 2 de diciembre, conocida como el caso Pantoja, reconoció que también se extendía a los familiares de la persona directamente afectada. En este

¹¹² STC 37/1989, de 15 de febrero.

¹¹³ STC 70/2002, de 3 de abril.

caso, se demandó la vulneración del art. 18.1 CE por haberse transmitido una grabación del interior de la enfermería de la Plaza de Toros de Pozoblanco, en la cual se registraba el sufrimiento del torero Paquirri antes que muriera por las heridas que había recibido en la faena por el morlaco.

La discusión se basó en si estas imágenes, que eran personales, estaban dentro del ámbito privado del torero y de su familia, como lo demandaba su viuda; o por el contrario hacían parte de la vida profesional y pública de Paquirri, ya que el riesgo de sufrir heridas y muerte en la plaza de toros es un riesgo inherente al toreo. Esta fue la posición asumida por parte del Tribunal Supremo.

Sin embargo, Tribunal Constitucional amparó el derecho de los familiares, por las siguientes razones: primera, aunque las imágenes transmitidas se habían tomado en la Plaza de Toros, no correspondían al coso sino a un lugar privado de sus instalaciones, como es la enfermería; y segunda, aceptando que las lesiones que un toro le pueda causar a un torero son parte de los riesgos de esa profesión, el dolor físico que sufre el torero ante esas heridas no forma parte del espectáculo taurino sino de su intimidad personal y la de su familia.

Por lo tanto, la comercialización y transmisión de estas imágenes sí había vulnerado ese derecho fundamental, ya no a Paquirri, puesto que había fallecido, sino a su núcleo familiar¹¹⁴.

Como pudo observarse en esta Sentencia, las personas que tienen un *status* público tienen derecho a una vida íntima al igual que cualquier persona que no

¹¹⁴ STC 231/1988, de 2 de diciembre: “Pues bien, en esos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible”.

tenga tal notoriedad, ya que para todos, la intimidad es un derecho fundamental irrenunciable; esto no impide que una persona permita a terceros acceder a su esfera íntima, consentimiento que es revocable, sin descartarse que en tal caso, se podría generar una obligación de indemnizar a quien se le ha revocado tal acceso¹¹⁵.

Sin embargo, mientras no se haya revocado el consentimiento al acceso de terceros a la esfera privada, como se indica en la STC 134/1999¹¹⁶, cuando un personaje público comparta asuntos de su intimidad, la prensa puede indagar en ellos ya que ha sido el titular de este derecho quien los ha sometido al escrutinio de todos.

Con relación a la titularidad pasiva de este derecho, en principio el Estado es quien tiene una obligación negativa de no interferir en los asuntos íntimos de las personas, sin embargo, los particulares también deben abstenerse de hacerlo al igual que sucede con el derecho al secreto de las comunicaciones, pues de lo contrario pueden ser responsables civil y penalmente.

1.5.3.3. Derecho a la protección de datos de carácter personal

El tratamiento de datos relaciona íntimamente tres derechos fundamentales consagrados en el art. 18 CE: la intimidad; el secreto de las comunicaciones y la

¹¹⁵ STC 117/1994, de 25 de abril: “Ciertamente que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado”.

¹¹⁶ STC 134/1999, de 15 de julio.

protección de datos frente al uso de la informática, que también se ha llamado libertad informática¹¹⁷.

Desde que la STC 114/1984¹¹⁸ acogió la doctrina de la Sentencia TEDH, caso Malone contra Reino Unido, e indicó que los datos externos de una comunicación formaban parte de ésta, se estableció una relación entre la intervención de las comunicaciones telefónicas y el derecho fundamental de la protección de datos personales, consagrado en el art. 18.4 CE, ya que los datos externos de una conversación en curso también son datos protegidos de carácter personal. De tal manera que si se accede a estos datos ilegalmente, se vulnerarían estos dos derechos consagrados en el art. 18 CE.

Una vez finalizada esa conversación, los datos externos que se generaron en razón de la misma, y que son susceptibles de tratamiento, gozarán de la protección del art. 18.4 CE, desarrollado para estos temas por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Las disposiciones de la LO 13/2015 que ha reformado la LECR son acordes con lo dispuesto en la Ley 25/2007.

1.5.3.3.1. Concepto

De acuerdo con la STC 254/1993¹¹⁹, la protección de datos personales es un derecho o libertad fundamental frente a potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de una persona, provenientes del uso ilegítimo de la informática, es decir, del tratamiento mecanizado de datos.

Los datos personales, objeto de este derecho, están definidos en el art. 3 LOPD como “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, y en ellos se encuentran los relacionados con las comunicaciones, consumo, financieros, ideología, laborales, religión o creencias, origen racial, vida sexual, enfermedades, comisión de infracciones, entre otros. Algunos son de

¹¹⁷ LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley, versión kindle, 2011, Posición 394/ 6269.

¹¹⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

¹¹⁹ STC 254/1993, de 20 de julio.

carácter íntimo¹²⁰ y otros simplemente personales, por lo que es fácil concluir que el derecho fundamental consagrado en el art. 18.4 CE tiene un marco de acción más amplio que el derecho a la intimidad y que, en consecuencia, se trata de dos derechos diferentes.

El tratamiento de datos comprende las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo, cancelación y cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias¹²¹.

La STC 292/2000¹²² señaló que mientras la función fundamental del derecho a la intimidad consistía en proteger a su titular de las invasiones a su vida personal y familiar, dejándolas fuera del conocimiento y de la intromisión de terceros, mediante la protección del derecho a salvaguardar los datos de carácter personal, consagrado en el art. 18.4 CE, se pretende controlar el destino y el uso de los mismos por parte de terceros, impidiendo que su tráfico ilícito pueda resultar lesivo para su titular.

Es un hecho que la comercialización de los datos que se pueden obtener de una persona, aun cuando estos hayan sido proporcionados por ella misma, por el Estado, o simplemente recaudados de la observación de sus actividades en la red, tienen un valor patrimonial para quienes desarrollan sistemas de publicidad comportamental¹²³, que recaba información del consumidor a través de *cookies* para conocer sus intereses y ofrecerle productos a su medida, y también pueden servir para suplantarla. De ahí la importancia que sea la persona titular de los datos quien los maneje, por lo que este derecho se conoce, igualmente, como *libertad*

¹²⁰ Estos gozan de una protección especial, como aparece en la LOPD, y de igual forma sucede con los datos relativos a las comunicaciones electrónicas. Los datos públicos también están protegidos, conforme lo ha indicado la STC 292/2000, de 30 de noviembre.

¹²¹ Art. 3 LOPD.

¹²² STC 292/2000, de 30 de noviembre.

¹²³ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, "La protección de los datos personales e internet, problemas actuales". En: *Derechos humanos y protección de datos personales en el siglo XXI, Homenaje Cinta Castillo Jiménez*, Álvaro Sánchez Bravo (editor), España, Punto Rojo Libros, L. S., versión kindle, 2013, posición 732/6036.

informática. Pero para tener el libre manejo de la información personal propia se debe conocer quién la tiene.

De ahí que el contenido del derecho a la protección de los datos personales este conformado por dos elementos a saber: el primero, un elemento negativo que limita el uso de la informática en el respeto al honor y la intimidad de las personas y, el segundo, un elemento positivo que se traduce en el control del propio individuo sobre sus datos personales¹²⁴.

1.5.3.3.2. Surgimiento y protección normativa

Este derecho es muy reciente. Aparece por primera vez consagrado en el art. 18.4 CE como un derecho fundamental de contenido diferente a la intimidad, pues desde esa época, se percibía que los perjuicios por el mal uso de la informática podían ir más allá de la vulneración del derecho consagrado en el art. 18.1 CE.

Como todo derecho fundamental, la protección de datos de carácter personal requería de una ley orgánica que lo desarrollara. Sin embargo, antes de haberse promulgado, un ciudadano solicitó al Gobierno Civil de Guipúzcoa información sobre sus datos personales. La petición no le fue atendida, precisamente, por la ausencia de una ley que reglamentara este derecho. Así que una vez agotada la petición ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el interesado acudió ante el Tribunal Constitucional en recurso de amparo.

El Tribunal amparó su derecho mediante la STC 254/1993, y advirtió que la ausencia de una legislación que lo regulara no implicaba que pudiera desconocerle el derecho del art. 18.4 CE, en razón a que todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución vinculaban de manera inmediata a todos los poderes públicos.

Fue esta sentencia la que indicó, por primera vez, que el derecho a la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE constituía una garantía nueva y, por tanto, diferente de la intimidad, ya que respondía a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de una persona.

¹²⁴ STC 254/1993, de 20 de julio.

La LORTAD¹²⁵ fue la que desarrollo el contenido del art. 18.4 CE y se profirió de conformidad con las directrices de la Unión Europea en esta materia¹²⁶.

Posteriormente vinieron otras normas: la LOPD; la LSSI-CE; la LGT 2003 y la LGT 2014; el RDLOPD y la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Al igual que sucede con los dos derechos anteriores, este derecho está tutelado en el Código Penal en el Título X, Capítulo 1, y ha sido objeto de modificación por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, y los Capítulos IV y V del Título VIII del Libro II de la LECR señala que para su acceso se requiere de una autorización judicial.

Con relación a sus limitaciones, el art. 11.2 LOPD señala los casos en los cuales no se requiere el consentimiento del titular para acceder a los datos personales. Estos eventos son los siguientes:

- 1) cuando lo autorice la ley;
- 2) cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público;

¹²⁵ De acuerdo con su art. 7, son datos especialmente protegidos los relacionados con la ideología, la religión o las creencias; los que se refieren al origen racial, a la salud y a la vida sexual, excepto cuando una Ley lo disponga por razones de interés general o cuando el afectado consienta expresamente a su acceso. Se prohíbe la creación de ficheros para almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual; los datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas, los cuales sólo podrán incluirse en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes y en los supuestos previstos en las normas reguladoras respectivas. Con relación a los datos de la salud, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes pueden proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de sus pacientes, de acuerdo a los parámetros fijados en la ley.

¹²⁶ Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que se promulgó junto con el Convenio 108 de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa, sobre el respeto del derecho a la privacidad del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, el cual fue ratificado por España en enero de 1984.

3) cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros, aunque en este caso la comunicación deberá limitarse a dicha finalidad;

4) cuando los destinatarios de la comunicación sean el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal, los Jueces, los magistrados de Tribunales o del Tribunal de Cuentas, obrando en el ejercicio de sus funciones;

5) cuando se produzca una cesión entre Administraciones públicas que tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos;

6) cuando se necesiten datos personales relativos a la salud con el objeto de solucionar una urgencia o de adelantar estudios epidemiológicos, en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

Junto con las restricciones de esta norma, el Tribunal Constitucional¹²⁷ ha indicado que a este derecho se aplican las mismas directrices que se han dado para los derechos fundamentales en general: previsión legal, adopción de una resolución judicial motivada, idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.

Esta decisión se profirió dentro del recurso de amparo presentado por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. en contra de una decisión del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, que pretendía obtener un listado de sus clientes para adelantar diligencias preliminares. El Tribunal concedió la razón a la entidad bancaria por cuanto no obstaba la orden provenía de un juez, de conformidad con el art. 11.2 LOPD, ésta carecía de motivación y, por ende, de ponderación, por lo que se recalcó en la necesidad de cumplir con este requisito, al igual que con todos los requisitos generales para limitar los derechos fundamentales.

¹²⁷ STC 96/2012, de 7 de mayo.

1.5.3.3. Titulares activos y pasivos

Los titulares activos son, en principio, las personas naturales y no las jurídicas, conforme lo plantean reiterativamente las definiciones del art. 3 LOPD, en concordancia con la Directiva 95/46/CE, sobre la Protección de las Personas Físicas.

No obstante, como se advirtió al tratar el derecho del secreto de las comunicaciones, la Constitución le garantiza a las personas jurídicas los derechos fundamentales compatibles con su naturaleza. Por ello, la STC 135/1995, de 29 de septiembre, reconoció que las personas jurídicas de derecho privado tenían derecho al honor, por lo que puede deducirse que en la medida en que el mal uso de los datos personales de las personas jurídicas pueden afectarlos en su honor, éstas también podría ser sujetos activos del derecho que consagra el art. 18.4 CE.

En concordancia con esta afirmación, el art. 200 CP indica que las personas jurídicas pueden ser víctimas de los delitos del Capítulo I del Título X del Libro II CP, que trata sobre el Descubrimiento y revelación de secretos, en donde se tipifican las conductas relacionadas con la manipulación y el apoderamiento de datos de carácter personal, por lo que las personas jurídicas también son titulares activos de este derecho fundamental.

Las facultades que tiene el titular del derecho son las siguientes¹²⁸:

- 1) ser informada previamente de la existencia de un fichero que contenga sus datos personales o su tratamiento;
- 2) consentir inequívocamente en el tratamiento de sus datos, excepto cuando se trata del ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas dentro de sus competencias, o sea preciso para el mantenimiento de una relación contractual o de negocios;
- 3) oponerse al tratamiento de sus datos cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una situación personal concreta; y
- 4) acceder gratuitamente a la información de sus datos personales.

¹²⁸ MATIA, Francisco Javier, “Los derechos de la personalidad: la protección de la intimidad, el honor y la vida privada”. En: *Lecciones de derecho constitucional II*, Paloma Biglino, Juan María Bilbao, Fernando Rey, Javier Matías y José Miguel Vidal coords., Pamplona, Thomson Reuters, 2013, pp. 572 y 573.

De otra parte, el Estado y los particulares son sujetos pasivos, en especial los particulares encargados de su tratamiento, quienes deben informar a su titular de la tenencia de estos datos¹²⁹ en caso en que no hayan requerido del consentimiento del afectado para recogerlos¹³⁰ y darles el tratamiento para el cual fueron acopiados. Adicionalmente a estos deberes, de acuerdo con el art. 10 LOPD, el responsable del fichero que almacena los datos y aquellos que hayan intervenido en cualquier fase de su tratamiento, tienen que guardar la reserva de la información.

1.5.3.4. Relación entre estos derechos en torno a las intervenciones telefónicas

La diferencia entre los derechos fundamentales de la intimidad personal y familiar, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal, en torno a las escuchas telefónicas, no es solo teórica, en la medida que la CE, solo exige expresamente la existencia de una resolución judicial previa, cuando se limita el derecho del secreto de las comunicaciones; por lo que, en determinadas circunstancias de la investigación criminal, la policía puede acceder al contenido de los otros dos derechos para recuadrar pruebas sin contar con dicha autorización.

Estas circunstancias son las siguientes¹³¹:

- 1) que exista un interés constitucional legítimo para actuar por parte de la policía judicial, como lo son: el interés público en la prevención e investigación de un delito, la necesidad de descubrir otros delincuentes y de recoger elementos y pruebas;
- 2) que las funciones de la policía para recaudar esta prueba, tengan un sustento legal;

¹²⁹ En la STC 254/1993, de 20 de julio, se tutela el derecho de un ciudadano que no había recibido respuesta por parte de las autoridades sobre si existían ficheros automatizados donde aparecieran sus datos de carácter personal.

¹³⁰ Art. 6 LO 1/1999.

¹³¹ STC 70/2002, de 3 de abril.

3) que haya una urgencia, valorada *ex ante*, de proceder a recaudar la prueba por lo que no se pueda acudir al juez por la orden; y

4) que la afectación de los derechos del investigado resulten siendo un mal menor en comparación con la necesidad de continuar en el esclarecimiento del crimen.

De otra parte, cuando se accede antijurídicamente a una conversación en curso, junto con el derecho al secreto de las comunicaciones que siempre se vulnera porque es un derecho formal, pueden llegar a vulnerarse los otros derechos: el derecho a la intimidad, cuando el contenido de la conversación materialmente trate asuntos íntimos y a la protección de los datos personales, si la injerencia se ha hecho sobre los datos externos de la comunicación.

Estos datos externos, en el caso de las conversaciones telefónicas serían los números de las líneas telefónicas, cuáles son sus llamadas entrantes y salientes, la duración de cada llamada, los lugares donde se encuentran instalados los aparatos fijos o la celda de donde transmiten los teléfonos móviles, los momentos de inicio y de finalización de una llamada y operador¹³², la información que se almacena en los ficheros de las operadoras¹³³ y, por lo tanto, su privacidad es protegida por el art. 18.4 CE y por la LCDCE-RPC, puesto que forman parte de lo que se conoce como “datos de tráfico”, que aparecen en el art. 3 de dicha norma y conforme al art. 4 la protección, persiste aunque se trate de una llamada fallida. El art. 588 ter b LEQR, define los datos electrónicos de tráfico o asociados como todos aquellos que se general como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas.

Como se mencionó anteriormente, el art. 18.4 CE no obliga que se profiera una orden judicial para accederlos, pero el art. 7 de la mencionada Ley sí señala, por lo que las circunstancias fijadas en la STC 70/2002 son insuficientes para acceder a los datos de tráfico, pero pueden ser suficientes cuando se trate de otro tipo de datos.

¹³² Art. 3 LCDCE-RPC.

¹³³ Según el art. 5 LCDCE-RPC, la obligación de conservación cesa después de doce meses de haberse generado esa comunicación.

1.6. Bienes jurídicos tutelados vulnerados por las interceptaciones telefónicas delictivas

Las conductas relacionadas directa y específicamente con la intervención delictiva de comunicaciones telefónicas se tipifican, en el Libro II del Código Penal, en dos títulos diferentes: el Título X, llamado “delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” y el Título XXI, llamado “delitos contra la Constitución”.

En Capítulo I del Título X, “delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen” se trata el “delito de descubrimiento y revelación de secretos”, y dentro de este, el art. 197.1 CP menciona la interceptación de telecomunicaciones y con relación al Título XXI ya mencionado, en su capítulo V denominado “sobre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”, aparece una sección segunda, donde se encuentran los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad de domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, dentro de los cuales, en el art. 536 CP se hace referencia a la intervención de las telecomunicaciones.

Como puede observarse, aparece que el bien jurídico tutelado en estos delitos resulta ser la “intimidad”¹³⁴, asunto que, en principio, parecería desligado del “secreto de las comunicaciones”, que es el derecho fundamental que se vulnera al acceder de manera antijurídica a las conversaciones privadas que se realizan por teléfono.

De acuerdo con JESCHECK¹³⁵ los bienes jurídicos, en los cuales se basan las normas jurídico-penales, son bienes vitales imprescindibles para la convivencia de las personas. Y conforme a esta definición podemos concluir que, sin duda alguna, el bien jurídico tiene un arraigo en lo social o en lo sociológico, ya que a lo largo de la convivencia en comunidad se van exigiendo proteger ciertos bienes para su conservación. Tal es el caso de los genes, que sin duda alguna deben protegerse

¹³⁴ MORALES PRATS considera que la reforma al Código Penal, hecha por la LO 1/2015, de 30 de marzo, rompió con la organización sistemática que protegía la intimidad al incluir el delito tipificado en el apartado 7 del art. 197, ya que en este delito, la víctima da su anuncio al principio. MORALES PRATS, Fermín, *La reforma de los delitos contra la intimidad, artículo 197 y 198 del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 37.

¹³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, 5.ª ed., Comares Editorial, p. 8.

ante una indebida manipulación, pero que solo vinieron a constituirse en el Código Penal como bienes jurídicos cuando la ciencia fue capaz de realizar tales prácticas.

De otra parte, la agresión o puesta en peligro del bien jurídico es lo que legitima tipificar una conducta por parte del legislador, o aplicar una sanción penal por parte del juez, de tal manera que, si no existe un bien jurídico que preservar, se despoja a la norma penal de su contenido material y de legitimidad e imponer una sanción penal, en tales condiciones, resultará un acto arbitrario¹³⁶. Así las cosas, observamos que al ser el bien jurídico la justificación para ejercer el *ius puniendi*, este no se circunscribe únicamente a lo sociológico, sino que también tiene entronque en la Constitución.

De ahí que, los partidarios del constitucionalismo estricto consideren que debe hacer una correspondencia exacta entre el bien jurídico tutelado en la ley penal y los derechos fundamentales y las libertades públicas que están consagradas en la parte orgánica de la Constitución¹³⁷.

Sin embargo, tal como lo indica FABIÁN CAPARRÓS¹³⁸, los bienes jurídicos tutelados en Código Penal no se identifican de manera rígida con los derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución, pues es evidente que no todas las hipótesis delictivas encuentran referencia en la parte orgánica de la Constitución, donde radican estos derechos, puesto que también tienen referencia en el resto del articulado de la Carta Fundamental dado el carácter dinámico del bien jurídico.

El autor aclara que como los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución no se encuentran a espaldas de la realidad y de los valores de la sociedad, en torno a la concepción del bien jurídico, deben concurrir las posiciones sociológicas junto con las constitucionalistas.

¹³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Los bienes jurídicos colectivos". En: *Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Colegio Penal de 1932*, 1986, p. 150.

¹³⁷ De acuerdo con ALONSO ÁLAMO, las raíces de esta concepción provienen de la Ilustración y Beccaria es un exponente de las mismas. ALONSO ÁLAMO, Mercedes, "Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos". *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, 2009, p. 62.

¹³⁸ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., p. 27.

En el mismo sentido, ROXIN¹³⁹ plantea que la concepción de un bien jurídico no es estático, con lo que admite que este varía conforme evolucionan las circunstancias de la vida en común, pero que se encuentran dentro de los límites constitucionales.

Volviendo al caso concreto inicialmente planteado, sobre que el bien jurídico penal tutelado que se vulnera al interceptar las telecomunicaciones, resulta ser para el derecho penal la intimidad, mientras que los constitucionalistas indican que el derecho fundamental vulnerado en estos casos es el secreto de las comunicaciones, que es de índole formal y no la intimidad, que es de índole material, tenemos que al margen de la ya planteada ausencia de correspondencia exacta entre derecho fundamental y bien jurídico, la “intimidad” a que se hace referencia en el Libro II, Títulos X y XXI del Código Penal, es una intimidad en sentido lato, y que, por tanto, comprende la totalidad de los derechos fundamentales involucrados en el art. 18 CE. Es decir que se trata de un concepto equivalente a la privacidad.

Así las cosas, MUÑOZ CONDE¹⁴⁰ señala que el Capítulo I del Título X del Código Penal tipifica varios delitos y que a través de los mismos se protegen, entre otros derechos, el control sobre la información de la vida privada, con lo que para el autor se está protegiendo la intimidad en un sentido amplio, que comprende todos los apartados del art. 18 CE.

MORALES PRATS¹⁴¹ sugiere que el nombre del Título X ha debido ser simplemente “Delitos contra la intimidad”, porque este concepto subsume la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y, puede observarse que al igual que lo hiciera MUÑOZ CONDE, concibe la intimidad desde un sentido amplio, relacionándolo con el

¹³⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General. Tomo I*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 51 y ss.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 16.ª ed., Tirant lo Blanch, 2007, pp. 212 y 213.

¹⁴¹ MORALES PRATS, Fermín, “Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: reflexiones político-criminales”. En: *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 393.

concepto anglosajón del *Privacy*, que es la privacidad que abarca todo el art. 18 CE.

ROMEO CASABONA¹⁴² agrega que en el Capítulo I del Título X del Código Penal se protege la intimidad en tres cauces principales:

– el primero, la intimidad como reducto de la manifestación de la personalidad en la vida privada, con lo que se está refiriendo al art. 18.1 CE;

– el segundo, la intimidad en su manifestación de confidencialidad compartida, es decir, el autor se está refiriendo al secreto de las telecomunicaciones del art. 18.3 CE; y, por último,

– la intimidad con relación al procesamiento y comunicación de datos a través de las modernas tecnologías de la información y comunicación, es decir, el derecho a la libertad informática del art. 18.4 CE.

En adición a lo anterior, como se verá a continuación, el contenido material — íntimo o no íntimo— de la telecomunicación es irrelevante para efectos de la consumación del delito de interceptación de telecomunicaciones, con lo que en la práctica, el bien jurídico tutelado en el Código Penal como intimidad, es respecto de esta conducta punible, equivalente al secreto de las comunicaciones: un derecho que se vulnera con el simple acceso antijurídico a una comunicación privada, independiente del contenido, íntimo o no íntimo, de lo que se esté comunicando.

1.6.1. Descubrimiento y revelación de secretos

El descubrimiento y revelación de secretos es el nombre que se le da a los delitos del Capítulo I del Título X del Libro II del Código Penal, que en materia de interceptación de telecomunicaciones consagra su tipo básico en el art. 197.1 CP y en los artículos subsiguientes, tipos agravados o independientes que se relacionan con éste. A partir de la reforma al Código Penal, realizada por la LO 1/2015, se consagra una punibilidad especial cuando el delito se comete por parte de personas jurídicas (art. 197 quinquies CP).

¹⁴² ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento...*, cit., pp. 37-39.

1.6.1.1. El descubrimiento y revelación de secretos respecto a las interceptaciones telefónicas

El tipo penal básico del art. 197.1 CP del delito de descubrimiento y revelación de secretos indica lo siguiente: “El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, 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”.

Como puede observarse, se trata de un tipo penal mixto alternativo, que acoge tres conductas típicas independientes entre sí:

- 1) el apoderamiento de objetos susceptibles de incorporar información secreta o íntima;
- 2) la interceptación de telecomunicaciones de otro; y
- 3) la utilización de artificios técnicos de captación de sonido o de imagen o de cualquier señal de comunicación.

En este orden de ideas, puede observarse que en el Código Penal se diferencia la interceptación de telecomunicaciones y de la captación de sonido mediante un medio electrónico porque las consagra como dos modalidades diferentes en el art. 197.1 CP¹⁴³. Es así como en la STS 224/2004¹⁴⁴, el Tribunal Supremo concluyó que la conducta de los condenados, directivos del CESID, había consistido en interceptación de telecomunicaciones y no en la sola colocación de aparatos de escuchas, porque en la diligencia de registro de un inmueble comprado por el CESID se habían encontrado unos equipos de escucha dispuestos y conectados al cableado telefónico de la sede de la formación política vecina, de tal forma que se indicaba que sí se habían llevado a cabo escuchas telefónicas, aunque no se hubieran hallado las grabaciones.

Por lo tanto, nos ocuparemos solamente de la segunda conducta, la interceptación de telecomunicaciones de otro, ya que es a esta a la que se

¹⁴³ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento...*, cit., p. 74.

¹⁴⁴ STS 224/2004, de 31 de marzo, Ponente Sr. Carlos Granados Pérez.

circunscribe la presente investigación y sobre la misma, se analizará este tipo básico y se estudiarán sus agravantes y tipos independientes, igualmente contemplados dentro del Capítulo I del Título X del Libro II del CP, bajo el nombre de descubrimiento y revelación de secretos.

La interceptación de telecomunicaciones es un delito cuyo sujeto activo es indeterminado, es decir que se trata de un tipo penal impropio, cuyo objeto material son las telecomunicaciones de otro, sin importar el medio técnico que haya utilizado en dicha transmisión¹⁴⁵.

Las telecomunicaciones son comunicaciones entre dos personas o dos entornos por medio de un equipo que elimina las barreras que existen entre estos¹⁴⁶ y pueden ser verbales, como la conversación telefónica o escritas, como los correos electrónicos, pero aquí también realizaremos una limitación para enmarcar este tema en el marco de la investigación y nos centraremos en las conversaciones telefónicas.

El verbo rector de la conducta es “interceptar”, definido como¹⁴⁷:

- a) apoderarse de algo antes de que llegue a su destino;
- b) detener algo en su camino; o
- c) interrumpir, obstruir una vía de comunicación.

Sin embargo, los Tribunales Constitucional y Supremo han aceptado que este término también equivale a la intervención¹⁴⁸ de la telecomunicación, que es la

¹⁴⁵ CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 351.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ VAL, José María, Editor, *Diccionario enciclopédico de tecnología*, Madrid, Síntesis, 2002.

¹⁴⁷ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=interceptar

¹⁴⁸ STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984: “Rectamente entendido, el derecho fundamental 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 antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así, - a través de la imposición a todos del `secreto´ - la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en el sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no dl mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento

verdadera conducta tipificada penalmente, puesto que, de acuerdo al art. 197.1 CP, la finalidad del delito consiste en descubrir un secreto o vulnerar la intimidad de otro, y ambos fines se consiguen accediendo antijurídicamente a las conversaciones y no, interrumpiéndolas¹⁴⁹.

El verbo rector se desarrolla por acción, es decir no cabe el tipo omisivo. Es un delito de peligro y se consuma cuando se haya accedido a la telecomunicación mantenida por terceros¹⁵⁰ y no cuando conoce su contenido, y es precisamente por esta razón que no se requiere que lo comunicado sea íntimo o secreto para que se tipifique la conducta; y es por esto que se afirma que al igual que se predica del derecho al secreto de las comunicaciones, la protección recae sobre la impenetrabilidad de la comunicación y no, sobre su contenido¹⁵¹.

Aunque la norma menciona que la conducta debe procurar cualquiera de estas dos finalidades: descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del afectado, no se requiere que estos propósitos se cumplan. Pero, si tales propósitos no existieran, la conducta carecería de su elemento intencional y, por tanto, será atípica.

El tipo penal presenta un elemento normativo de carácter jurídico, que es la ausencia de consentimiento del afectado en la interceptación de sus telecomunicaciones, por lo que si el consentimiento esta presente, la conducta sería atípica.

La doctrina alemana tradicional ha distinguido el consentimiento del acuerdo o conformidad de la víctima. Esta diferencia trae como consecuencias que cuando la víctima acuerda la realización de la conducta, esta es atípica –sin perjuicio que puedan cometerse otras cuando el acuerdo se ha dado viciadamente - , mientras que, en términos generales, el consentimiento da lugar a una causal de justificación de la conducta, excluyéndose así su antijuridicidad; en este orden de ideas, el

antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)". En el mismo sentido la STC 34/1996 de 11 de marzo.

¹⁴⁹ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 46.

¹⁵⁰ STS 1114/2009, de 12 de noviembre, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

¹⁵¹ Juzgado de lo Penal de Jaén, Sentencia 194/2015, de 29 de abril.

acuerdo presupone apenas la voluntad natural de la víctima, mientras que el consentimiento requiere que el afectado goce de juicio suficiente y libre de vicios para que sea efectivo¹⁵².

En este orden de ideas, aunque para el caso del art. 197.1 CP, el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta y no su antijuridicidad, ya que su ausencia está consagrada expresamente como un elemento del tipo penal, este no puede estar viciado.

Con relación a quién debe prestar el consentimiento cuando se trate de una comunicación en que intervengan varias personas, ROMEO CASABONA¹⁵³ se apoya en lo indicado por la STC 114/1984¹⁵⁴, y considera que basta con que uno solo de los afectados preste su consentimiento para que la conducta carezca de tipicidad, ya que como lo indica la citada sentencia el secreto de las comunicaciones no se opone a quienes participan en ella y, por tanto, a cualquier interlocutor le es válido autorizar que se intercepte la llamada, sin descartar que el partícipe de la conversación pueda estar actuando como autor o partícipe del delito, si la razón de su participación en la conversación y de la autorización de acceso a la misma sea únicamente revelar secretos de su interlocutor.

Adicionalmente, si la conversación a la que se permite acceder por una de las partes, sin el conocimiento de las otras, contiene secretos profesionales o laborales que el autorizante debe guardar y aun así consiente en su interceptación por parte de un tercero, incurre en el delito del art. 199 CP¹⁵⁵.

Con relación al tipo subjetivo, la conducta es dolosa. Un dolo que se predica únicamente con respecto al verbo rector interceptar, y no al elemento subjetivo o

¹⁵² ROXIN, Claus, *Derecho Penal ...*, cit., pp. 513-516.

¹⁵³ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento...*, cit., p. 98.

¹⁵⁴ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

¹⁵⁵ Art. 199 Cart.P: "1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".

intencional del tipo penal, bien descubrir los secretos, bien vulnerar la intimidad del sujeto pasivo.

El sujeto pasivo de la conducta es cualquier persona, incluyendo las personas jurídicas, aunque como se indicó anteriormente, aunque las personas jurídicas sean sujeto del derecho al secreto de las comunicaciones estas no hablan por teléfono. Y la conducta se agrava cuando la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

La conducta se agrava, igualmente, en razón de la calidad de la información: cuando al interceptar un teléfono se afecten datos de carácter personal sobre ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, con lo que el art. 197.5 CP es acorde con lo dispuesto en el art. 7 LOPD, que indica que esta clase de información está especialmente protegida. Una agravante que consideramos no es exclusivo para la acepción informática de “datos”¹⁵⁶, sino que también cubre aquello que es escuchado, por cuanto la LOPD define “datos de carácter personal” como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, sin circunscribirlos a la información del ordenador. En cambio, la conducta típica del art. 197 bis 2 CP sí hace énfasis en que se trata de datos de ordenador específicamente.

La conducta, de igual forma, se agrava cuando se realice con fines lucrativos.

Además de estos agravantes, dentro del capítulo que trata el descubrimiento y revelación de secretos se incluyen conductas autónomas; dentro de éstas, se relacionan directamente con las interceptaciones telefónicas las siguientes: facilitar, adquirir para su uso, importar o facilitar un programa concebido o adaptado principalmente para cometer el delito o facilitar claves de acceso con este fin, que consagra el art. 197 ter CP.

Por lo anterior, puede observarse que la protección que da el Código Penal al bien jurídico es amplia, ya que tipifica como un delito aparte, una conducta que

¹⁵⁶De acuerdo con la RAE, por datos se entiende: “1. Antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho.

2. Documento, testimonio, fundamento.

3. Información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por un ordenador” (<http://lema.rae.es/drae/?val=datos>).

podría estar incluida dentro de la complicidad en el delito de interceptación de telecomunicaciones.

De igual forma, en el art. 198 CP se castiga la interceptación telefónica que cometa una autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo, delito al cual se hará referencia al hablar del delito del art. 536 CP, donde el autor de la interceptación ostenta las mismas calidades. Es decir, en el primer caso, el autor comete el delito abusando igualmente de su cargo; en segundo caso, lo comete dentro del ejercicio del mismo.

Otro delito autónomo, aparece en el inciso segundo del art. 197.3 CP, y hace referencia a la divulgación, revelación o cesión de información privada, teniendo conocimiento de su origen ilícito. El delito se denomina “receptación de datos íntimos”.

1.6.1.2. La potestad de vigilancia del empleador como eximente de responsabilidad

El art. 20.7 CP dispone que el que obre en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo está exento de responsabilidad criminal. En este sentido, el art. 38 CE reconoce la libertad de empresa y le garantiza una actuación productiva dentro del marco de la economía de mercado para lograr esa productividad se requiere de una planificación y de directrices.

Por lo anterior, el art. 20.1 ET señala la obligación de los empleados de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o de la persona que este designe; y el apartado 3 del mismo artículo indica que el empresario podrá adoptar medidas oportunas para la vigilancia y el control sobre el cumplimiento de esos deberes y obligaciones del trabajador, eso sí, guardando consideración a su dignidad humana.

Este control y conocimiento del empresario de las labores de los trabajadores se justifica, igualmente, porque las empresas son susceptibles de responder por las actuaciones de sus empleados cuando causen perjuicios, contractuales o extracontractuales, a terceros. De tal manera que, ante este deber, la empresa tiene derecho a prevenir que se presenten ese tipo de situaciones y, para ello, le es

necesario estar conociendo cómo es ese desempeño de sus trabajadores dentro del desarrollo del contrato laboral.

Bien sea para vigilar el cumplimiento del contrato laboral del trabajador, o para evitar que este realice conductas que perjudiquen a terceros sobre las cuales la empresa deba responder, el monitoreo de las comunicaciones del trabajador se circunscribe, en principio, al objeto de su trabajo y no a su vida personal, y para ello debe existir cuenta fe por parte del empresario¹⁵⁷.

Al margen de este control, existen algunas circunstancias en las cuales es preciso que la empresa considere aspectos íntimos del trabajador porque se relacionan con su trabajo. Un ejemplo de ello sería la situación financiera personal de quien tiene a su cargo el manejo del dinero de la empresa. En estos casos no está permitido realizar una investigación a espaldas del trabajador para obtener tal información. Sin embargo, dentro del contrato laboral, la compañía puede incluir la condición de poder tener acceso a este tipo de asuntos, teniendo en cuenta que pertenecen a la esfera personal del empleado, podría asistirle un legítimo interés de conocerlos por estar estrechamente relacionados con las funciones del cargo. Por su parte, el candidato al empleo escogerá aceptar —o no— un trabajo en tales condiciones.

Otro punto a resaltar es que este control laboral, al hallarse permitido por la CE y la ley, únicamente para constatar cómo se adelanta la labor y evitarle a la empresa responder por una mala gestión, no convierte al patrón en Policía Judicial ni en Juez de Instrucción.

Por lo anterior, si en desarrollo de ese control permitido, el empresario encuentra que el trabajador pudiera estar cometiendo un delito, debe dar aviso de ello a las autoridades competentes, sin que se le permita aumentar el margen de vigilancia, como sería el caso de intervenirle sus teléfonos personales o los que la compañía le haya destinado para llamadas personales.

¹⁵⁷ ROQUETA BUJ, Remedios, “El Derecho a la Intimidad de los Trabajadores”. En: *Protección Jurídica de la Intimidad*, Javier Boix Reig y Ángeles Jareño Leal coords., Madrid, Ed. Iustel, 2012, p. 409.

1.6.1.2.1. *La vida personal dentro del ámbito laboral*

Debe tenerse en cuenta que la larga permanencia diaria del trabajador en las instalaciones de la empresa, precisamente en razón a su jornada, trae como consecuencia que se vea forzado a atender actividades que son propias de su vida personal en ese lugar. Esto conlleva a que realice conversaciones telefónicas de naturaleza privada; por tanto, ajenas al objeto del contrato laboral, y hasta de carácter íntimo, a través del teléfono de la compañía.

Estas charlas pueden suceder con gente ajena al trabajo o con los compañeros de labor, puesto que la interacción constante con estos permite que a la par del trato laboral surjan relaciones particulares dentro las cuales, como es obvio, se sostienen comunicaciones personales e íntimas.

La doctrina ha procurado trazar un límite que separe estas dos vivencias que ocurren dentro de esta dinámica: la personal y la laboral. Para ello se ha recurrido a variados criterios, tales como tomar en cuenta el momento en que acontece la llamada. De acuerdo con esta idea, si la conversación ocurre durante horas hábiles será considerada de trabajo y como tal, sujeta a control; mientras que si esta se realiza durante los periodos de descanso, no podrá ser vigilada por considerarse privada¹⁵⁸.

Otro criterio sería tener en cuenta el emplazamiento donde se efectúa la conversación: si se hace desde un lugar destinado para el descanso, se considerará que se trata de una charla privada y, por lo tanto, ajena a control; mientras que si se realiza en el puesto de trabajo, podría monitorearse por suponer que se trata de una llamada de índole laboral.

Estas soluciones no son acordes con la realidad: es innegable que una persona puede recibir llamadas sobre un asunto profesional en horas de descanso y que en muchas circunstancias, se hace indispensable hablar sobre cosas personales durante las horas destinadas al trabajo y desde el mismo escritorio profesional asignado.

Por este motivo nos parece acertada la solución que plantea ROQUETA BUJ¹⁵⁹, quien señala que no existen reglas ecuménicas para este tema y por lo tanto, cada

¹⁵⁸ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 68.

¹⁵⁹ ROQUETA BUJ, Remedios, "El Derecho a la intimidad...", cit., pp. 444 y ss.

vez deberá estudiarse el respectivo caso en particular, diferenciándose los tres supuestos de hecho que surgen según sean los medios de comunicación que la empresa le ha asignado a los trabajadores y las instrucciones previas sobre su uso.

En este sentido, ROQUETA BUJ señala tres situaciones diferentes:

– la primera ocurre cuando las empresas restringen el uso de líneas telefónicas y correos electrónicos a las actividades propias del trabajo;

– la segunda cuando el empleador asigna algunos medios de comunicación para el uso exclusivo de las actividades laborales pero también entrega otros para uso personal; y

– la tercera, cuando existe un único medio de comunicación que el trabajador puede utilizar tanto para efectuar llamadas personales como para su trabajo.

Como hemos dicho anteriormente, cada uno de estos supuestos comporta una posibilidad diferente para que las empresas adelanten su derecho de vigilancia. Veamos cuales son:

a) Cuando la empresa ha restringido el uso del teléfono y del correo electrónico a asuntos exclusivamente de trabajo y ha prohibido expresamente el uso de estas herramientas en asuntos de índole personal. Al ser esta regla de pública notificación, la intromisión del patrón en todas las comunicaciones que se cursen a través de estos medios, no constituye violación del secreto de las comunicaciones. En consecuencia, si el trabajador utiliza estos medios para asuntos que le son personales o íntimos, podrá existir una injerencia en ese derecho de la intimidad del trabajador, pero no se le vulnera el secreto de las comunicaciones.

b) Cuando la empresa suministra al trabajador dos teléfonos o dos cuentas de correo; uno, para usarlo exclusivamente para asuntos de trabajo y el otro, para asuntos personales, el medio de comunicación destinado para laborar podrá ser monitoreado en las mismas condiciones del literal anterior; pero en cambio, el otro medio de comunicación sí goza de expectativa de privacidad para el trabajador y por lo tanto, allí no puede haber injerencia por parte de la empresa. Para hacerlo se requiere contar con una autorización judicial o que provenga del trabajador.

c) Cuando la empresa suministra al trabajador un único teléfono para que lo utilice en lo laboral y en lo personal, en principio, primará su derecho a la privacidad y por tanto, tales llamadas no pueden intervenir sin su aceptación,

pero como la empresa no pierde el derecho a monitorear la labor del trabajador, puede acudir a diferentes métodos para diferenciar unas llamadas de otras.

ROQUETA BUJ indica que podrían usarse recursos técnicos mediante los cuales el trabajador pudiera señalar a la compañía el tipo de conversaciones que está adelantando. Solo de esta forma, o con la autorización de escucha total por parte del trabajador, la empresa podría proceder a monitorear las conversaciones señaladas como laborales y alejarse de las personales. Dado que el derecho al secreto de las comunicaciones se predica independientemente de su contenido, todas las comunicaciones, privadas o no, deben protegerse ante una injerencia no autorizada.

En resumen, si para el éxito de la empresa se hace indispensable que el empleador vigile las conversaciones telefónicas del trabajador, ya que este es el medio por excelencia en que realiza su trabajo, deberá indicárselo de esta forma a su empleado y tomar cualquiera de las siguientes opciones: restringirle ese aparato a su uso profesional, darle un teléfono para cada uso o solicitarle su anuencia para escuchar todas las conversaciones que adelante. De lo contrario, el patrón incurrirá en violación al derecho de las comunicaciones de su subordinado a pesar de que el ET consagre la facultad de monitoreo.

A las situaciones antes indicadas, debe sumarse la que se presenta cuando el trabajador, consciente de los usos del teléfono por el cual está hablando, mezcle asuntos laborales y personales dentro de una misma llamada, cosa que podría ocurrir en conversaciones con clientes o con compañeros de trabajo.

En estos casos operan las mismas reglas descritas en los numerales anteriores:

a) Cuando el trabajador sabe que una línea telefónica solo puede emplearse para asuntos laborales, que puede ser objeto de seguimientos y aun así, incluye asuntos privados en esas charlas, está aceptando que esos apartes privados de sus conversaciones laborales sean también conocidos por el patrón y como la expectativa de privacidad es inexistente, no existe tampoco el secreto de las comunicaciones.

b) Si usando el teléfono que se le asignó para hablar exclusivamente de asuntos laborales, el trabajador entremezcla asuntos personales, a pesar de tener la posibilidad de usar para ello el otro teléfono que le ha dado el patrón, no puede

alegar intervención ilegal a su derecho de las comunicaciones como sucede en el evento anterior.

c) Cuando se trate de un sólo teléfono proporcionado para que el trabajador haga todas sus llamadas, personales o laborales, pero cuente con mecanismos para indicar cuáles llamadas son laborales y cuáles personales, solo cuando el trabajador mezcle asuntos personales dentro de aquellas señaladas como laborales, le será lícito al empleador tener acceso a tales aspectos personales del empleado que se comenten dentro de esa misma llamada, eso sí, sin que pueda usarlos.

d) Cuando no hay forma de diferenciar las llamadas privadas de las laborales, la mezcla de un asunto con otro dentro de la misma conversación no permitirá al empleador intervenirla.

1.6.1.2.2. Solución del conflicto de derechos entre el trabajador y el empleador

Por un lado, encontramos que el art. 38 CE garantiza el ejercicio y productividad empresarial, para lo cual, de acuerdo con el art. 20.3 ET, el patrón puede conocer las actividades del trabajador respetando su dignidad, y dentro de las acciones que puede hacer para acceder a este conocimiento, se incluye intervenir aquellas labores que se adelantan a través del teléfono.

De otro lado, se encuentran los derechos del trabajador a su vida íntima y al secreto de sus comunicaciones, ambos, derechos fundamentales reconocidos en el art. 18 CE. Como la subordinación propia del contrato laboral se circunscribe apenas al desarrollo del objeto del trabajo, la calidad de empleado no implica renunciar a sus derechos fundamentales a favor de los intereses de la compañía que lo emplea¹⁶⁰.

En síntesis, nos encontramos ante un conflicto de derechos y ambos se encuentran igualmente reconocidos en la CE, por lo que en este caso, al igual que sucede con las escuchas telefónicas en lo penal, habrá que realizarse una ponderación en cada caso concreto¹⁶¹.

¹⁶⁰ URBANO CASTRILLO, Eduardo de, *El derecho al secreto...*, *cit.*, posición 1981/5907.

¹⁶¹ STC 98/2000, de 10 de abril: "...la celebración del contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le

Los elementos que han de tomarse en cuenta para hacer ese juicio de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida se enmarcan en los siguientes puntos.

La injerencia debe estar estrictamente enmarcada dentro de las potestades del art. 20 ET, dentro del marco del art. 38 CE.

La posibilidad de tal injerencia debe ser conocida y aceptada, tácita o expresamente, por el trabajador. Este punto diferencia radicalmente las escuchas telefónicas en materia laboral de las que tienen lugar dentro de una investigación penal, ya que en estas últimas se espera que el interlocutor ni siquiera sospeche de esta medida para que su resultado tenga éxito.

La dignidad del trabajador debe ser cuidada y respetada, por lo que el acceso que se llegue a tener de los aspectos íntimos de su vida tiene que manejarse de manera prudente. En otras palabras, si durante el desarrollo de una llamada cuyo control está permitido realizar al patrón se tiene conocimiento de asuntos que se circunscriben exclusivamente a la intimidad del interlocutor, la empresa no podrá divulgar, utilizar ni aprovechar dicho hallazgo en contra del trabajador.

Ahora bien, con relación al examen de los sub-principios que forman el test de proporcionalidad que debe efectuarse para adelantar este tipo de escuchas, los criterios de ponderación son mucho más estrictos que los del ámbito penal, por cuanto el fin perseguido en el marco laboral se circunscribe al beneficio de la empresa, mientras que en lo penal se busca la protección de bienes jurídicos tutelados.

Así las cosas, con relación al principio de la necesidad, debe tenerse en cuenta que existen variadas formas de comprobar el seguimiento de instrucciones de los empleados o de medir su desempeño, que no implican acceder a sus comunicaciones, en especial las telefónicas.

reconoce como ciudadano, por más que el ejercicio de tales derechos en el seno de la organización productiva pueda admitir ciertas modulaciones o restricciones, siempre que esas modulaciones estén fundadas en razones de necesidad estricta debidamente justificadas por el empresario, y sin que haya razón suficiente para excluir «a priori» que puedan producirse eventuales lesiones del derecho a la intimidad de los trabajadores en los lugares donde se realiza la actividad laboral propiamente dicha”.

A veces basta un reporte, estudiar resultados, acompañar a los empleados en su labor, entre otras actividades, para conocer del desempeño laboral.

En otros casos, esta necesidad de control se satisface simplemente con monitorear los datos externos de las comunicaciones, es decir, sin escuchar la comunicación, tal como lo ha indicado el Tribunal Superior de Castilla y León¹⁶², cuestión que de hecho se realiza cuando la empresa asigna un teléfono móvil a un trabajador, y en consecuencia, recibe la factura con todos detalles externos de las llamadas, datos que podrían suministrar una información más que suficiente para los fines del Estatuto de los Trabajadores.

Hecho lo anterior, es decir, verificada la necesidad de la medida, debe estudiarse si es idónea para los fines que la enmarcan, o si se accedería únicamente a unas conversaciones personales que realiza el empleado, que en nada se relacionan con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Y por último, es decir, una vez se considere que el acceso a las conversaciones telefónicas del trabajador es necesario para el buen manejo de la empresa, y que efectivamente, a través del medio intervenido se conocen asuntos que tienen directa relación con la finalidad propuesta, deberá verificarse si el beneficio que se logra con esta injerencia es mayor al menoscabo que esta restricción pueda causarle al trabajador. Solo así podrán monitorearse estas comunicaciones, eso sí, contando con conocimiento y aceptación del trabajador.

En la STC 98/2000¹⁶³ se hace un importante trabajo de ponderación que allí realiza el Tribunal Constitucional y que sirve de ejemplo, aunque se refiere a un caso de escuchas directas.

¹⁶² STSJ de Castilla y León 1877/2003, de 10 de abril de 2003, Magistrado Sr. Gabriel Coullaut Ariño: "...el motivo no puede prosperar porque los documentos obrantes a los folios 95 a 105 son simplemente las facturas telefónicas remitidas por Telefónica Móviles España S.A. al titular del teléfono que no es el actor sino el Ministerio de Justicia que pone el teléfono móvil a disposición del trabajador para su uso, fundamentalmente para estar localizado, y parece evidente que el titular del teléfono y quien paga su coste tiene derecho a conocer, mediante el examen de las facturas que se le remiten, el uso que se hace del mismo, facturas en las que como es sabido sólo figuran el número de llamadas, horas de las mismas, teléfonos a los que se llama y coste total, es decir datos que en forma alguna afectan a la intimidad del usuario por razones de trabajo, que no titular, del teléfono".

¹⁶³ STC 98/2000, de 10 de abril.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia sucedieron en un casino de Galicia, donde se resolvió agregar micrófonos a las cámaras de video que ya operaban en la zona de la caja y la del juego de ruleta.

La motivación que tuvo la empresa para colocar esos micrófonos visibles consistía en la necesidad de cuidar zonas del casino donde se manejaba mucho dinero y donde abundaban las quejas de los clientes.

Sin embargo para los trabajadores, la captación de sus conversaciones cotidianas, de manera permanente a través de estos micrófonos visibles, resultaba excesiva y por tanto, consideraban que se estaban vulnerando sus derechos, por lo que acudieron a los tribunales.

El Juzgado de lo Social de Galicia, que conoció del caso en primera instancia, dio la razón a los empleados y determinó que la medida si resultaba excesiva y que el control visual realizado a través de las cámaras que venía operando anteriormente en el lugar era una forma efectiva de ejercer tal vigilancia.

La Empresa apeló la decisión y el Tribunal Superior de Galicia dictaminó lo contrario, indicando que dentro de las instalaciones laborales había lugares que no podían ser considerados como áreas privadas para los trabajadores, y entre estos, se encontraban el lugar donde se hallaban las cajas y la ruleta.

Pero, cuando el caso llegó al Tribunal Constitucional, este le dio la razón al Juzgado de lo Social e indicó que había existido error de ponderación por parte del Tribunal. El Tribunal Constitucional tuvo en cuenta que el sistema de seguridad que venía operando, es decir el monitoreo exclusivamente visual, había sido efectivo y suficiente y además, que en momento de instalar los micrófonos no existía un peligro mayor que justificara incrementar ese control.

Por lo anterior, el Tribunal Constitucional consideró que se había apreciado incorrectamente el subelemento de la necesidad, no obstante, recoció que la medida era eficaz para vigilar la seguridad del sitio.

Otra sentencia interesante y que aporta luces sobre este tema es la STS 53/2003¹⁶⁴, donde se reconoce el derecho de vigilancia de la empresa y se advierte que, al no poderse atentar contra la intimidad del trabajador, si al adelantar los

¹⁶⁴ STS 53/2003, de 5 de diciembre, Sr. Gonzalo Moliner Tamborero.

controles permitidos se llegase a conocer asuntos puramente personales del empleado, no se podrán utilizarse en su contra.

Los hechos que dieron lugar a la decisión comenzaron con la demanda que realizó la Unión Telefónica Sindical a la Telefónica de España -SAU, para que se declararan ilegales las escuchas, que aleatoriamente hacía la empresa de las llamadas que recibían los asesores comerciales de tele-mercadeo, cuya posibilidad de ser monitoreadas ya era de conocimiento de estos.

Esta medida buscaba mejorar la calidad del servicio y con base en su resultado se realizaron cursos de capacitación.

Al igual que en el caso anterior, los trabajadores demandaron pero esta vez sus pretensiones no prosperaron, porque el Tribunal Supremo avaló el ejercicio de ponderación que hizo Telefónica cuando realizó estas escuchas aleatorias de las llamadas y consideró que eran necesarias para lograr el mejoramiento empresarial, además de idóneas y acordes con los fines de la norma, ya que permitían a la Empresa conocer de primera mano, cómo procedían los empleados para conseguir nuevos clientes y las expectativas de estos.

El Tribunal también consideró que la medida era idónea porque tuvo en cuenta que solo se intervenían las comunicaciones entrantes de los clientes, es decir, las que se suponía debían ser laborales, mientras que no había injerencia en las llamadas que hacía el asesor comercial.

Adicionalmente, estos trabajadores contaban también con teléfonos privados ubicados en una sala destinada para su tiempo de descanso. Para el Tribunal este hecho demostró que no se les estaba limitando la posibilidad de comunicación con el exterior al uso exclusivo de unas líneas telefónicas que sabían podían ser escuchadas¹⁶⁵.

¹⁶⁵ STS 7798/2003, de 5 de diciembre: “De todo ello en congruencia con lo ya indicado no se deduce que la empresa no pueda por esa vía atentar al derecho de intimidad de cualquier trabajador por cuanto, a pesar de todo, en esas conversaciones con los clientes pueden surgir comentarios que afecten a derechos fundamentales del trabajador incluidos dentro de la esfera de su intimidad en cuanto espacio excluido de cualquier posible intervención ajena - ideología política, afiliación sindical, libertad de expresión, etc., que, en cuanto fueran utilizados por el empleador podrían conducir a una declaración de nulidad en un proceso particular adecuado al caso”.

1.6.1.3. El control parental como eximente de responsabilidad

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ¹⁶⁶ señala que en algunos casos pueden contemplarse injerencias en el secreto de sus comunicaciones por parte de sus progenitores o de quienes los tengan a su cargo. Se trata de un conflicto entre un derecho y un deber, ambos contemplados en la Constitución.

En primer lugar, los menores no emancipados son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, incluyendo las telefónicas, como lo señala de manera expresa el art. 4.1 LOPJM¹⁶⁷, y además, el art. 18.3 CE no los excluye. Por esta razón, intervenir las comunicaciones del menor sin su autorización es un delito consagrado en el art. 197.1 CP.

En segundo lugar, según el art. 39.3 CE, los padres mantienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a sus hijos menores. En concordancia, el art. 154 del Código Civil impone a los padres el deber de velar por sus hijos y procurar su formación integral. Obligación que se extiende a los tutores.

En tercer lugar, es un hecho notorio actual que los menores corren peligro a través de las conversaciones que entablan por internet, y debe ser protegido por padres o por quienes los tengan a cargo. En la “Guía de derechos de niños y niñas y deberes de padres y madres”, de la Agencia Española de Protección de datos¹⁶⁸, se señala que en internet los menores se encuentran una situación especial de vulnerabilidad y que corren el riesgo de entregar sus datos personales. Esto puede ocurrir en contactos escritos o mediante conversaciones, en chats de voz y otros sistemas de telefonía que se adelantan a través del ordenador.

¹⁶⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 21.

¹⁶⁷ Art. 4.1 LOPJM: “Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones”.

¹⁶⁸

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal_joven/common/pdfs/recomendaciones_menores_2008.pdf

Otros riesgos detectados consisten en ser víctimas de pedofilia, aislarse del entorno social real y generar una adicción al uso de las redes, ser víctima de las siguientes conductas: *backing*, ciberacoso, *sexting*, *boax* o *stalker*¹⁶⁹.

El *backing* es un espía, que además, puede robar los datos o introducir información falsa en un sistema. Esta conducta se encuentra tipificada en el art. 197 bis CP.

El ciberacoso consiste en humillaciones y molestias permanentes a través del internet, teléfono móvil u otras tecnologías. El acoso puede ser escrito o verbal, ya que a veces a los números de teléfono son fáciles de localizar en buscadores corrientes.

El *sexting* está relacionado con el envío de material pornográfico del menor o de otros. Estas conductas se encuentran actualmente sancionadas en los arts. 183 ter y 189 CP.

Los *boax* son falsas alarmas, noticias que tienden a transmitirse en forma de cadenas con lo que se pueden transmitir virus que dañan los equipos o se sustraigan o compartan datos de los usuarios inconvenientemente y, en el menor de los casos, crean angustias innecesarias o hacen perder el tiempo.

El *stalker* es un extorsionista que invade la privacidad virtual de manera obsesiva y actúa ante la víctima y ante los demás con quienes se relaciona la víctima —injurias, calumnias—. Se diferencia del ciberacoso en que éste tiene su fin último en el acoso mismo, mientras que el *stalker* busca algún beneficio de la víctima. El art. 172 ter CP regula ahora estas dos actuaciones. Son conductas que pueden realizarse en cualquier momento, y tienen mayor posibilidad de expansión y de realizarse anónimamente, por lo que su capacidad de daño es muy alta, mientras que la de defenderse es baja. Además de lo anterior, estas conductas pueden ser un medio para obtener suficiente información, que permita posteriormente agredir físicamente al menor —secuestro, trata de personas, violación, hurto, etc.)—.

Ante las circunstancias anteriores, los padres o tutores tienen el deber constitucional de vigilar y verificar directamente que el menor no se encuentre siendo víctima de las conductas antes indicadas, sin esperar el aviso del joven. Con

¹⁶⁹ CRUZ CRUZ, Francisco José, *Social media y peligros de internet*, Avanzabooks www.epublicaciones.com, versión kindle, 2013.

frecuencia, ellos no informan de estas situaciones, pero cambian su comportamiento. Esta es la razón por la que podrían presentarse situaciones donde sea indispensable intervenir las comunicaciones que está recibiendo el menor.

El Código Penal de 1973 eximía expresamente de responsabilidad penal a los padres que tuvieran acceso y conocimiento a las cartas de sus hijos¹⁷⁰, justificación que fue eliminada en el Código Penal de 1995. Al respecto, QUINTERO OLIVARES¹⁷¹ sostiene que dicho precepto carecía de sentido y fundamento político-criminal porque se enmarcaba —y sigue sucediendo— dentro de los supuestos de la cláusula de justificación genérica en el art. 20.7 CP.

Para determinar si una intervención en las comunicaciones del menor se encuentra englobada dentro de lo previsto en el art. 20.7 CP, se debe examinar cada caso en particular, realizando un juicio de proporcionalidad para determinar la viabilidad de la medida. Debe contemplarse la edad del menor, su grado de vulnerabilidad y si es indispensable la injerencia de parte de sus padres o tutores¹⁷².

En todo caso, estas reflexiones no operan nunca en el caso del hijo que adquiere la mayoría de edad y continúe viviendo con sus padres, pues no se puede alegar una intimidad familiar que autorice a quienes vivan bajo su mismo techo a vulnerarle sus libertades individuales.

Finalmente, es de tener en cuenta que, con relación a las interceptaciones telefónicas del menor, las consecuencias ondean entre el tipo agravado, precisamente por tratarse de un menor, o la exoneración, por el buen ejercicio del control parental.

¹⁷⁰ Art. 497 CP de 1973 —vigente hasta el 5 de julio de 2010—: “El que para descubrir los secretos de otro se apodera de sus papeles o cartas y divulgare aquéllos será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas.

Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Esta disposición no es aplicable a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia”.

¹⁷¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, MORÁLES PRATS, Fermín, *Comentarios al Código Penal*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, p. 205.

¹⁷² OROZCO PARDO, Guillermo, “Intimidad, privacidad, ‘extimidad’ y protección de datos del menor ¿Un cambio de paradigma?”. En: *Protección jurídica de la intimidad*, Javier Boix Reig y Angeles Jareño Leal coords., Madrid, Ed. Iustel, 2012, p. 402.

1.6.1.4. ¿Puede el derecho a exigir fidelidad del cónyuge constituirse en una exigente de responsabilidad criminal?

El art. 8.1 CEHD ampara la vida familiar al indicar que no puede ser objeto de injerencia de la autoridad pública, salvo que dicha intervención haya sido prevista en la ley y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional y pública, el bienestar económico, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Significa lo anterior que las familias tienen derecho a imponer una barrera hacia los terceros, pero no implica que al interior de la familia se desvanezcan los límites propios de la individualidad de sus miembros. Como indica RODRÍGUEZ LAINZ, “no es lo mismo el secreto familiar que el secreto de familia”¹⁷³.

Así las cosas, tenemos que el adulto capaz que forma parte de una pareja se encuentra en una doble situación: hacia afuera conforma un nuevo ambiente privado, ajeno a terceros, y hacia adentro expande la propia privacidad por efectos de la convivencia compartida, basada en relaciones de afecto y confianza; pero esta expansión no significa que ha perdido su individualidad, situación que impacta el marco donde se ejerce el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, por lo que el art. 7.2 LO 1/1982, señala que lo relativo al secreto de las comunicaciones se reduce a lo personal, sin que tenga una dimensión familiar.

Cuando el vínculo de la pareja nace por la celebración de un contrato matrimonial, surge entre los cónyuges las obligaciones indicadas en los arts. 67 y 68 CC; sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el desarrollo del contrato laboral, donde —como se verá más adelante en este capítulo— el Estatuto de los Trabajadores permite al patrón conocer las labores del trabajador para verificar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la existencia del contrato matrimonial no permite monitorear las comunicaciones del otro cónyuge, para así verificar si este cumple con las obligaciones que se han señalado, ni siquiera, con la obligación de guardar fidelidad.

¹⁷³ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, La Ley, 2010, p. 191.

En otras palabras: la relación de pareja no pone fin a los derechos fundamentales del art. 18.3 CE, que son individuales.

Esta ha sido la postura constante del Tribunal Supremo en la Sentencia 2122/2001¹⁷⁴, que advirtió que las únicas excepciones del derecho al secreto de las comunicaciones eran las planteadas por la CE donde no se incluía la relación matrimonial o de pareja.

La mencionada sentencia rechazó la postura de la defensa, quien alegó que por el hecho del matrimonio se daba fin a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones individuales y todo se integraba a la intimidad familiar; por lo que según el recurrente le estaba permitido a cada cónyuge acceder a las conversaciones, y al círculo privado, de otro.

El supuesto de hecho de la sentencia se trató del caso de un esposo, que al sospechar que su mujer le era infiel intervino sus conversaciones telefónicas, por lo que fue condenado como responsable del delito del art. 197.1 CP.

Otra sentencia a reseñar es la STS 694/2003¹⁷⁵, que continúa la misma posición con respecto a la conservación individual de los derechos del art. 18.3 CE. En esta oportunidad, el Tribunal Supremo se ocupó de casos de escuchas telefónicas realizadas por parte de un detective privado, quien era contratado para descubrir infidelidades conyugales. Aquí, se aclaró que la intimidad familiar, protegida por la

¹⁷⁴ STS 2122/2001, de 14 de mayo, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo: “Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del art. 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto, que tiene su reflejo sancionador en el art. 197 C.P. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisibile la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa”.

¹⁷⁵ STS 694/2003, de 20 de junio, Ponente Sr. Eduardo Moner Muñoz: “Resulta verdaderamente sorprendente esta nueva forma de intimidad planteada en el recurso, que parece ser una intimidad compartida y que precisamente por serlo uno de los miembros de la familia —de la pareja, en este caso—, puede entrar en la misma, en detrimento del otro miembro de la familia”.

ley, no era una intimidad a la que uno de sus miembros podía entrar en detrimento de los demás miembros de la familia, máxime, que al intervenir una llamada no solo se conocen las comunicaciones de la pareja —o del miembro de familia— sino que se está accediendo también a lo expresado por su interlocutor

Por último, RODRÍGUEZ LAINZ¹⁷⁶ matiza esta posición cuando resalta que dentro de la dinámica de la vida familiar, y sobre todo la de pareja, media una autorización, explícita o implícita, para conocer asuntos propios de la intimidad personal y del secreto a las comunicaciones. Tal puede ser el caso del cónyuge que habla por teléfono delante del otro permitiéndole así conocer lo que está conversando.

Para el autor, cuando existe este consentimiento, así sea implícito, los miembros de familia pueden acceder al ámbito íntimo y al secreto de los otros.

Pero al igual que el Tribunal, el autor agrega que habría una intervención ilegal, que se tipificaría como delito en el art. 197 CP, si tal injerencia llegase a ir más allá del uso normal de la confianza antes aludida o de las posibilidades naturales que brindan las tecnologías. Este último supuesto es el caso de las llamadas telefónicas salientes que quedan grabadas automáticamente en la memoria del aparato de donde se marcaron, por lo que a otro miembro de la familia le es fácil conocer que ocurrió esa comunicación, o al menos que se intentó realizar.

1.6.1.5. ¿Puede el derecho a la libertad de información constituirse en una eximente de responsabilidad criminal?

Con relación al ejercicio de la libertad de información, y más concretamente, la prensa, la STC 34/1996¹⁷⁷ advierte que este derecho no puede prevalecer sobre el descubrimiento y revelación de secretos.

Se trató de un caso en el que un periodista, provisto de un aparato apto para captar conversaciones de telefonía móvil, grabó el diálogo entre un empresario y un funcionario público con el fin de publicarlos. Esta conducta le acarreo una

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre la dimensión privada y familiar del derecho al secreto de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, N.º 7598, 2011, p. 11; RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *Estudios sobre el secreto...*, *cit.*, p. 195.

¹⁷⁷ STC 34/1996, de 11 de marzo.

condena como responsable del delito del art. 497 bis CP, norma que antecedió al actual art. 197.1 CP.

El condenado acudió al Tribunal Constitucional en demanda de amparo, aduciendo que la conducta por él desplegada había sido atípica por cuanto no había intervenido comunicaciones que se transmitían por cable, sino inalámbricas.

En respuesta a ello, el Tribunal Constitucional aclaró que el teléfono móvil era un ‘teléfono’, y que en todo caso la norma penal castigaba al intervención antijurídica de todas las comunicaciones orales privadas, incluyendo las que se realizaban de manera directa. Por lo anterior, y en concordancia con lo que se ha tratado en este mismo capítulo sobre el derecho fundamental a la libertad de información del art. 20 CE con respecto a los derechos consagrados en el art. 18 CE, se concluye que el ejercicio de la labor de periodista no justifica la interceptación de telecomunicaciones del art. 197.1 CP.

Con relación al tipo penal autónomo del art. 197.3.2 CP, conocido como “receptación de datos íntimos”, la doctrina ha concluido que el periodista podrá ser autor de la conducta, y excepcionalmente podrá aplicársele esta eximente del art. 20.7 CP, si desde la lógica de la experiencia humana puede inferirse que el origen de la información no podría ser lícito, y aun así se procede a su publicación¹⁷⁸.

1.6.2. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad

El art. 536 CP dispone lo siguiente: “La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

¹⁷⁸ RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 119.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses”.

Como puede observarse, el mismo artículo sanciona el tipo básico y el tipo agravado: en el tipo básico, la conducta se desarrolla con la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación. Se trata de una conducta dolosa, que a diferencia de tipo penal del art. 197.1 CP, carece de elemento intencional, pero presenta un elemento normativo que consiste en que se violen las garantías constitucionales o legales del afectado. Estas son las dispuestas en el art. 18.3 CE, pues esta norma se ubica dentro del Título XXI del Libro Segundo del CP que tutela la Constitución.

Tanto el básico como el agravado son tipos penales propios, donde el sujeto activo debe tener las calidades de autoridad, funcionario público o agentes de éstos, descripción que remite al art. 24.1 CP, el cual indica que se reputará autoridad a quien por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia, y que tendrán esta misma condición los miembros del Congreso de Diputados, del Senado, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo y a los funcionarios del Ministerio Fiscal. Y que se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de las funciones públicas.

Con relación a los agentes de autoridad, el Código Penal actual no define ese concepto, por lo que para ello se debe recurrir a otras disposiciones legales. Es así como, de acuerdo con el art. 7.1. LFCSE, se atribuye esta condición a los miembros de fuerzas de seguridad en ejercicio de sus funciones, y en el art. 53.3 de la misma norma se da la misma calidad a los funcionarios encargados de regulación del tránsito, cuyos cargos hayan sido creados por el Pleno de la Corporación de los municipios de gran población. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para efectos de ser responsable de este delito del art. 536 CP, dichos funcionarios, autoridades o agentes de los mismos, deben tener funciones que se relacionen con la investigación, instrucción o juzgamiento de delitos, por lo que se descartan como autores de este delito a las autoridades de tránsito.

Con relación a este delito y el tipificado por el art. 198 CP, se tiene que, el primero no tienen como autores a los agentes de autoridad y que a diferencia del tipo penal del art. 536 CP los autores deben desplegar su conducta fuera de los casos permitidos por la Ley y sin que medie causa de delito, que es un elemento del tipo penal del art. 536 CP. Por esta razón, no hay subsunción entre estas conductas punibles.

En cambio, la STS 79/2012¹⁷⁹ ha señalado que existe un concurso aparente entre los delitos de prevaricación judicial del art. 446 CP y este delito del art. 536 CP, cuando ha sido cometido por autoridad judicial, ya que el segundo no le añade nada nuevo al primero por lo que es absorbido por este, aplicándose el principio de consunción del art. 8.3 CP, por lo que deberá aplicarse la prevaricación judicial. Este delito se diferencia de las irregularidades que pueden dar lugar a ilicitud probatoria, en que en la prevaricación el juzgador tiene consciencia de la injusticia de su decisión, que ésta sale de los parámetros de la correcta interpretación aplicativa del derecho y que, efectivamente, esta resulte contraria a derecho¹⁸⁰.

El tipo agravado tiene como verbos rectores la divulgación o revelación de la información, descartando la cesión del art. 197.3 CP que no es de natural aplicación cuando existe causa de delito.

1.6.3. ¿Puede alegarse haber obrado bajo error invencible en la comisión de los delitos antes señalados, cuando la regulación de las escuchas telefónicas resulta insuficiente?

Este interrogante fue resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia 921/2006¹⁸¹, que al decidir el recurso de casación por las interceptaciones

¹⁷⁹ STS 79/2012, de 17 de enero, Ponente Sr. Miguel Colmero Menéndez de Luarca, cuyo supuesto de hecho fue la orden del juez Baltazar Garzón de escuchar conversaciones directas, sostenidas dentro del lugar que el centro carcelario dispone las visitas entre defensores y clientes, entre unos detenidos por delito de blanqueo de capitales (delito que está fuera de los que se relacionan con el terrorismo y sus abogados), con sus abogados, de quienes no se tenían indicios precisos de su participación en el delito de blanqueo.

¹⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, MORÁLES PRATS, Fermín, *Comentarios al... cit.*, p. 734.

¹⁸¹ STS 921/2006, de 26 de septiembre, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

telefónicas realizadas sin autorización judicial por parte del CESID a través de la intervención del espectro electromagnético.

En 1982 se creó dentro de esta agencia de inteligencia el llamado *Gabinete de Escuchas*, que fue dotado en 1984 de aparatos aptos para examinar el espectro electromagnético sobre actividades de terrorismo y otras en contra de la Constitución, lo que se entendía conforme a las funciones del CESID, sobre la prevención de peligros, amenazas o agresiones del exterior contra la independencia o integridad territorial de España, oponerse al espionaje extranjero y en general, velar por la seguridad nacional.

La creación de ese Gabinete fue conocida y los resultados que iban suscitando interés se iban reportando a los estamentos superiores. De esta forma, se adelantaron verdaderas escuchas telefónicas a personas determinadas sin las respectivas autorizaciones judiciales, por lo que los responsables fueron condenados por el delito del art. 192 bis CP, antecedente del actual art. 197 CP.

Uno de los motivos del recurso de casación interpuesto contra esta sentencia condenatoria alegó que los condenados habían obrado bajo error de prohibición invencible, porque consideraron lícita su labor de vigilancia del espectro electromagnético, ya que esta se había dado a conocer a través de una nota del Ministerio de Defensa, que había sido publicada en un periódico nacional, por lo que a presumían lícita.

Sin embargo, el Tribunal indicó que las actividades de inteligencia, aunque fueran reservadas, estaban sometidas a la Constitución y que para cualquier funcionario público, con un conocimiento mínimo de las labores constitucionales y de los derechos individuales reconocidos en la Constitución, que era el caso de los encausados, era previsible que existía una la prohibición de efectuar escuchas telefónicas fuera de los marcos establecidos en los arts. 18.3 o 55 CE, y que la interceptación de comunicaciones sin previa autorización judicial tenía carácter delictivo.

De esta decisión del Tribunal Supremo se tiene que aun cuando la Ley positiva que regula las interceptaciones telefónicas adolezca de vacíos e imprecisiones, la Constitución y, concretamente, el contenido de sus arts. 18.3 y 55 CE, impide alegar un supuesto de error invencible para justificar las interceptaciones telefónicas sin orden judicial —previa o posterior—.

Capítulo Segundo
***Actividades de intervención del secreto de las
comunicaciones, escuchas o pesquisas sobre el teléfono
que no son intervenciones telefónicas en materia
criminal***

2.1. Planteamiento general

En el Capítulo anterior se indicó que la intervención de las conversaciones telefónicas, materia de este trabajo, es un medio de investigación que consisten e vigilar, con la ayuda de aparatos electrónicos, las conversaciones orales realizadas a través del teléfono; que está regulada de conformidad con las normas procesales penales, ya que busca establecer la existencia de un crimen y/o sus responsables; que provoca una injerencia en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, y ocasionalmente, en otros derechos relacionados con la privacidad.

De tal manera que sus características propias son las siguientes:

- 1) Su objeto son las conversaciones privadas protegidas por el derecho del secreto de las comunicaciones y, eventualmente, en otros derechos fundamentales como el de la intimidad y la libertad informática.
- 2) Son una modalidad de vigilancia electrónica de las comunicaciones orales privadas que sostienen quienes están siendo investigados. O dicho de otra forma, una modalidad auditiva de la técnica especial de investigación conocida como vigilancia electrónica.

3) El medio sobre el que se actúa es el teléfono.

4) Su ejecución se regula por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, actualmente en los Capítulos IV y V del Título VIII del Libro II, que fueron incluidos por la LO 13/2015, de 5 de octubre, que modificó los numerales 2 y 3 del art. 579 LECR.

A esta conclusión se llegó partiendo de las definiciones más relevantes sobre el tema, provenientes de la jurisprudencia y de la doctrina.

De otra parte, existen otras actividades que suelen confundirse con ellas y que no son intervenciones telefónicas en los términos de la LECR: labores relacionadas con el examen del aparato telefónico, escuchas de manifestaciones orales, actuaciones que vulneren derechos consagrados en el art. 18 CE, o escuchas telefónicas que se regulan en otros ordenamientos legales y con una finalidad diferente a la investigación criminal.

Al no ser intervenciones telefónicas en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estas actividades deben tener su propia regulación y su propio valor como diligencia de investigación o como medio de prueba. Entonces, previamente a analizar la regulación actual de las escuchas telefónicas y su valor probatorio, es menester desligar de su concepto estas otras figuras que no comparten todas sus características propias.

Por lo anterior, vamos a proceder a analizar las actividades similares o conexas a la intervención de las comunicaciones telefónicas, desde la perspectiva de cada una de las características propias de las escuchas telefónicas.

2.2. Las intervenciones telefónicas suponen una injerencia en conversaciones privadas garantizadas por el secreto a las comunicaciones y, ocasionalmente, por otros derechos fundamentales

En la primera parte de esta investigación se estudió como las intervenciones telefónicas siempre afectan el secreto de las comunicaciones y como las otras afectaciones que pueden producirse son tangenciales. Por lo cual, la característica fundamental de las escuchas telefónicas es la vulneración del derecho del art. 18.3 CE, y nos circunscribiremos a este tema a través de sus componentes.

2.2.1. El secreto de las comunicaciones según las definiciones de sus componentes

Este derecho fundamental lo conforman las nociones de comunicación y secreto, que unidas dan como resultado unas características propias que explican la exclusión de algunas actividades del marco de protección de esta garantía.

2.2.1.1. Definición de comunicación

No existe un concepto unificado sobre lo que se entiende por “comunicación”; sin embargo, todos conducen a su acepción más amplia según la cual comunicación consiste en la acción o efecto de comunicar o comunicarse¹. A su vez, la palabra “comunicar” significa hacer a otro partícipe de lo que uno tiene, o tratar con alguien por palabra o por escrito².

Según CARBONE³, el concepto de comunicación comprende el estudio de la teoría y principios del origen, emisión, recepción e interpretación de un mensaje, independientemente de la cantidad y de la calidad de los mensajes emitidos dentro de una relación recíproca entre dos polos, donde el transmisor puede convertirse en receptor y viceversa.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional en la Sentencia 281/2006⁴, la comunicación se define como “el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”⁵.

¹ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=comunicación consultado el 6 de febrero de 2010

² <http://lema.rae.es/drae/?val=comunicaci%C3%B3n>, consultado el 29 de octubre de 2014

³ CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, pp. 22 y 23.

⁴ STC 281/2006, de 9 de octubre.

⁵ STC 281/2006, de 9 de octubre. Se discute si la aprehensión por parte de la policía, en un caso de drogas provenientes de Venezuela en un paquete postal. El Tribunal aclaró que la comunicación postal es diferente al paquete postal y dio la definición anterior.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶ y el Tribunal Constitucional han señalado cinco elementos dentro de comunicación⁷: emisor, receptor, código, medio a través del cual se realiza y contenido⁸. Así las cosas, las comunicaciones pueden intervenir mediante cualquiera de estos elementos.

Adicionalmente, se ha intervenido una comunicación cuando se ha tomado conocimiento de su contenido, es decir de su elemento interno, y también, cuando se han conocido sus elementos externos, como las identidades del receptor y del transmisor —que en el caso de una comunicación telefónica serían los interlocutores— y, en general, los momentos concomitantes, previos y finales del mensaje⁹.

Ahora bien, como se ha planteado anteriormente, dentro del género de las comunicaciones se encuentran las telecomunicaciones. De acuerdo con la definición de MARTÍNEZ VAL¹⁰, las telecomunicaciones son “comunicaciones entre dos personas o dos entornos por medio de un equipo que elimina las barreras que existen entre estos”.

Desde el punto de vista legal, el apartado 39 del Anexo II de la LGT de 9 de mayo, las telecomunicaciones se definen como “toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos”, concepción general que incluye: el teléfono, el telégrafo, el radiotelégrafo, el ordenador cuando tiene una conexión de red, y demás aparatos análogos relacionados con comunicaciones a distancia.

⁶ Caso Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, donde se reconoce expresamente que el art. 8 CEDH pueda vulnerarse mediante la utilización de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, registra los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

⁷ STC 114/1984 de 29 de noviembre, que retoma lo dicho en el caso Malone contra Reino Unido.

⁸ CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 59.

⁹ URBANO CASTRILLO, Eduardo de, *El derecho al secreto...*, cit., Posición 156/5907.

¹⁰ MARTÍNEZ VAL, José María (edit.), *Diccionario Enciclopédico de Tecnología*, Madrid, Síntesis, 2002.

Cuando una comunicación no está en curso —porque no ha comenzado o ha terminado— no se puede hablar de intervención de comunicaciones¹¹, por lo que la reserva de su contenido o de sus datos externos ya no gozan de la protección del art. 18.3 CE, sino que continuaría garantizada por la órbita del art. 18.1 CE que consagra el derecho a la intimidad, o por la del art. 18.4 CE que está referida al derecho a la protección de datos de carácter personal, o por ambas disposiciones.

2.2.1.2. Definición de secreto

El concepto de secreto está íntimamente ligado a la noción de reserva¹². Jurídicamente, y aplicándolo a la comunicación, el secreto comprende la reserva de la comunicación misma y de todos sus elementos accesorios.

El carácter privado de una comunicación lo determina su medio de transmisión. En este sentido, el teléfono se supone un canal privado y por ello es que la vigilancia electrónica de la escucha telefónica necesita un aparato apto para acceder a una conversación ajena.

Por el contrario, las partes no pueden esperar que su comunicación sea reservada cuando utilizan un canal abierto o directo de comunicación¹³, y en caso de que mezclen canales de comunicación cerrados y abiertos se entenderá que se utiliza un canal abierto. Tal es el caso de las llamadas telefónicas realizadas a emisoras de radio o televisión, donde no pueden considerarse sigilosas porque simple uso del teléfono¹⁴.

Ese carácter privado de la comunicación no depende del contenido del mensaje ni de la identidad de sus interlocutores, porque el secreto de una comunicación se garantiza de manera formal y no material, ex ante y no ex post, porque si se tuvieran que conocer los datos externos o internos de una conversación telefónica para poder otorgarle su status secreto y protegerla de la intervención de terceros dicha

¹¹ TEJERINA RODRÍGUEZ, Ofelia, *Seguridad del Estado y Privacidad*, Madrid, Reus, 2014, p. 190.

¹² En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se encuentran como acepciones de la palabra secreto: “Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”, y “Reserva, sigilo”. <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=secreto> consultado el 1 de noviembre de 2014.

¹³ TEJERINA RODRÍGUEZ, Ofelia, *Seguridad del Estado...*, cit., p. 189.

¹⁴ MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 36.

actividad de aprensión de la comunicación sería necesariamente una vulneración de su secreto mismo.

Estas dos características, su temporalidad específica y su formalidad, marcan la independencia del derecho del secreto de las comunicaciones respecto a los otros derechos que consagra el art. 18 CE.

Así las cosas, las intervenciones telefónicas constituyen una severa afectación a la privacidad del investigado, porque limitan su derecho al secreto de las comunicaciones y, eventualmente, otros relacionados con su privacidad.

Por esta razón, su afectación sólo se justifica cuando se busca una finalidad superior, como la protección de otros bienes jurídicos tutelados que están en conflicto con la privacidad del investigado, como sucede cuando se pretende hacer efectivo el ius puniendi estatal, cuya eficiencia es importante en una sociedad democrática.

Si el Estado pierde la facultad de castigar las mayores violaciones a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social, se dificulta la vida en comunidad, ya que esta se altera cuando se han dañado los bienes jurídicos más apreciados¹⁵. En cambio, cuando el Estado interviene y logra establecer quiénes son los responsables y los sanciona, se restaura la paz social a través de la prevalencia del orden¹⁶, en contraposición a cuando son los mismos particulares, quienes toman la justicia por su propia mano, evento en el cual, se perpetúa el ciclo violento.

Este poder sancionatorio estatal, que como indica el art. 117 CE en España radica en el Poder Judicial, debe ejercerse con sujeción a los principios de legalidad que consagra en el art. 25 CE y del respeto del derecho de defensa, previsto en el art. 24 CE.

Es de tener en cuenta que el fundamento del derecho a castigar se ha venido modificado según ha ido cambiando la concepción política del Estado¹⁷ y la concepción actual, que es garantista, ratifica la importancia de contar con

¹⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Editorial Praxis, Barcelona, 1999, pp. 2-4.

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 2.

¹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte general*, Barcelona, 5.ª ed., 2002, p. 88.

herramientas como las escuchas telefónicas a pesar de que ello implique intervenir en derechos fundamentales.

Lo anterior porque dentro de un Estado de Derecho garantista el ius puniendi, siendo sancionador, se orienta a garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁸, a diferencia de lo que sucede en los sistemas retributivos de la pena¹⁹ y de los preventivos propios de las doctrinas utilitaristas.

Es así como FERRAJOLI²⁰ considera que el Derecho Penal sólo se justifica si, además de prevenir los delitos, logra minimizar la reacción frente a los mismos, ya que se busca la defensa social y la defensa del más débil; pero con respecto a esta expresión “del más débil” debe tenerse en cuenta que según el momento, distintos actores ocupan dicha posición.

Cuando se comete un delito, el ofendido y la sociedad son quienes ocupan ese lugar del más débil, porque han sido agredidos y continuarán siendo vulnerables a menos que se neutralice al culpable, de tal manera que el Estado debe protegerles mediante una efectiva investigación para determinar el responsable.

Una vez esta investigación haya señalado un presunto responsable y este individuo tenga sobre sí mismo la carga punitiva del estado, como procesado, y eventualmente como condenado, es él quien empieza a ocupar la posición del más débil por lo que deberá ser el objeto de protección.

Por lo anterior, el estado tiene que contar con herramientas eficaces para defender a la víctima y a la sociedad, de tal manera que si se le despoja de instrumentos o les son imposibles de aplicar, se les dejaría sin protección. Adicionalmente, cuando la investigación no es efectiva pueden cometerse graves errores en la investigación que lleven a vincular injustamente a una persona, aumentando su posición de debilidad. Finalmente, el resultado de las escuchas telefónicas también puede exonerar a una persona, por lo que a su vez éstas también pueden ser el medio de protección del más débil.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y...*, cit., p. 856.

¹⁹ KANT y HEGEL consideraban que el fin principal del castigo penal era una retribución.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, “Garantías y derecho penal”. En: *Garantismo y Derecho Penal*, Juan Oberto Sotomayor Acosta coord., Bogotá, Temis, 2006, p. 5.

2.2.2. Actividades que no se consideran intervenciones telefónicas por no vulnerar el secreto de las comunicaciones

Algunas actividades de investigación que implican el uso del teléfono están fuera del ámbito de protección concreta del art. 18.3 CE, bien sea porque la comunicación no ha comenzado o ha finalizado o bien porque no son conversaciones telefónicas secretas.

Cuando la actuación de la Policía Judicial se da una vez la comunicación ha terminado, o no ha comenzado aún, como sucede al explorar datos de comunicaciones pasadas que quedaron registradas en el aparato del teléfono o cuando se averigua el número del abonado telefónico, o del IMEI, o del IMSI del aparato, no se está realizando una vigilancia electrónica de la comunicación telefónica, ya que no hay comunicación y, por tanto, no existe una injerencia en este derecho fundamental.

De otra parte, cuando se ha renunciado tácita o expresamente al secreto de la conversación telefónica, como sucede cuando las conversaciones se transmiten a través de medios de difusión pública, o cuando uno de los interlocutores permite libremente que otras personas escuchen la charla, la captación de dicha conversación no está dentro del ámbito de las intervenciones telefónicas.

2.2.2.1. Comunicaciones que se transmiten a través de medios de difusión pública

El conocimiento de conversaciones realizadas a través de canales públicos y por tanto, susceptibles de ser captadas libremente por terceros, no vulnera el secreto de las comunicaciones, por cuanto los que se comunican de esta forma carecen de una expectativa jurídica de privacidad, aun cuando, en estas conversaciones se hayan utilizado un aparato telefónico.

Así lo ha considerado el Tribunal Supremo en la STS 591/2002²¹, donde la Policía pudo escuchar directamente, es decir sin emplear ningún aparato, a uno de

²¹ STS 591/2002, de 1 de abril, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta: “La desestimación es también procedente porque no se efectuó ninguna interceptación de comunicaciones privadas. La garantía constitucional, contenida en el art. 18.3 de la Constitución, se refiere a las conversaciones telefónicas entre las que cabe incluir las radiotelefónicas. La legislación procesal, art. 579, permite la interceptación de las conversaciones para lo que establece una serie de requisitos ampliamente

los investigados mientras hablaba por un radio teléfono sobre el arribo de un alijo de droga. Esta posición se encuentra también en la STS 218/2007²².

Cabe resaltar que la sentencia STS 591/2002, ya citada, indica que debe existir una disposición legal para que un canal sea cerrado, con lo que se podría concluir en sentido contrario, que las bandas de radio telefonía que no han sido legalmente asignadas, son canales abiertos.

Sobre la falta de protección de las comunicaciones que se transmiten por canal abierto, se pronuncia la Fiscalía General del Estado, haciendo referencia a la STS 1397/2011²³.

Así las cosas, teniéndose en cuenta que al escuchar las comunicaciones que se transmiten a distancia a través de canales abiertos, no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones y que la vulneración de este derecho es uno de los elementos estructurales de las intervenciones telefónicas, este tipo de escuchas no constituyen intervenciones telefónicas.

analizados por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional. La actuación ilegítima, y delictiva, consiste en disponer medios para interceptar conversaciones afectantes a la intimidad, pero no prohíbe la escucha de aparatos que emiten conversaciones sin una previa actuación sobre los mismos para su audición. La guardia civil oyó, percibió sensorialmente, unas conversaciones sin que para su realización hubiera realizado ninguna operación que lo permitiese, quebrantando los mecanismos dispuestos en estos aparatos para preservar su audición a las personas interesadas en la conversación y titulares del derecho fundamental que se invoca en la alegación del motivo”.

²² STS 218/2007, de 5 de marzo, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín: “Al margen de la realidad o no de lo afirmado en el Recurso o de la trascendencia procesal que deba otorgarse a la falta de comunicación al Ministerio Público, lo cierto es que estas alegaciones resultan del todo irrelevantes para el enjuiciamiento, habida cuenta de que ni se llegaron a grabar conversaciones telefónicas, y la conversación descubierta por la Policía lo fue mediante escucha directa de uno de los conversadores, gracias a la proximidad a él de una funcionaria en la vía pública, lo que excluye cualquier consideración de atentado al derecho a la intimidad del comunicante, ni tampoco el registro del domicilio de Rodrigo facilitó elementos realmente esenciales o definitivos de su participación en los hechos, habiéndose llevado a efecto, además, mediando la oportuna autorización judicial, plenamente justificada, puesto que recordemos que se produjo una vez hallada ya la sustancia objeto del delito”.

²³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, pp. 36 y 37. Se hace referencia a la STS 1397/2011, de 22 de diciembre, Ponente Sr. Joaquín Giménez García, que, a su vez, cita la STS 209/2007, de 9 de marzo, Ponente Sr. Francisco Monteverde Ferrer.

2.2.2.2. Grabación de alguno de los interlocutores y escuchas telefónicas por parte de un tercero, con autorización de al menos uno de los interlocutores

Como ya se indicó en el Primer Capítulo de esta investigación, ni el contenido de una conversación telefónica ni sus datos externos están protegidos por el derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE respecto de sus partícipes, por lo que una conversación no es secreta para ninguna de sus partes, conforme lo sostuvo la STC 114/1984²⁴, cuya postura ha venido siendo reiterada.

Por lo anterior los interlocutores pueden grabar sus conversaciones sin avisar a los demás, directamente o con ayuda de un tercero, o permitir que alguien más escuche la conversación²⁵. Es fundamental que en dicha plática no se induzca al interlocutor —que ignora estar siendo grabado— a decir algo que no hubiese dicho libremente y, por supuesto, que no se trate de un asunto protegido bajo el secreto profesional.

De igual forma, no se realiza una intervención de comunicaciones cuando el dueño de una línea telefónica permite que se instale, en su propio teléfono, un aparato que capte los datos externos de sus propias llamadas —entrantes y/o salientes—; este caso, es esencial que la función de la grabadora sea la de captar las comunicaciones propias²⁶.

Si la puesta del artefacto pretende captar elementos —externos o el contenido— de una comunicación ajena, aunque se adelante a través del teléfono que pertenece a quien ha colocado los equipos o permitió que estos fueran instalados, se estarían interviniendo antijurídicamente estas conversaciones ajenas, conforme indicó la STS 2122/2001²⁷ en un caso donde el esposo había colocado un mecanismo de grabación en el teléfono ubicado en el dormitorio conyugal, pero sin pretender registrar sus llamadas sino las de la esposa de quien sospechaba que no le era fiel.

Sin embargo, resultaría viable que los padres captaran las comunicaciones de los menores de edad sobre los que ejercen la patria potestad, siempre y cuando esta medida resulte imperativa para su protección, en estricto cumplimiento de los deberes que imponen la patria potestad.

²⁴ STC 114/1984, de 29 de noviembre.

²⁵ STS 4879/2001, de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

²⁶ STS 178/1996, de 1 de marzo, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

²⁷ STS 2122/2001, de 14 de mayo, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

De otra parte, las autoridades también pueden grabar sin orden judicial las conversaciones que adelanten con personas investigadas, y no se consideran escuchas telefónicas siempre y cuando estas charlas sean espontáneas, no manipuladas, libres de engaños, y no se trate de una agencia encubierta que no cumpla con lo dispuesto por los arts. 282 y ss. LECR²⁸.

No se considera una intervención antijurídica de las conversaciones cuando se escucha una conversación que ocurre en un lugar de lícito acceso público, donde quienes se encuentran alrededor de los interlocutores pueden oír claramente la charla o, al menos, lo que dice el comunicante cercano. Dentro de estos terceros pueden incluirse las autoridades que tienen funciones de Policía Judicial, y aun así se trata de una percepción auditiva directa donde no se utilizan aparatos para escuchar las conversaciones ni estas están siendo grabadas.

Aun cuando la conversación se realice en un lugar cerrado, si esta puede llegar a ser escuchada libremente por un tercero no cabría una intervención antijurídica del secreto de las comunicaciones, como sería el ejemplo de la casa con las ventanas abiertas, referido en la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado²⁹; en este sentido, el Tribunal Supremo³⁰ determinó que no hubo una vulneración al secreto de las comunicaciones ni a la intimidad cuando una funcionaria escuchó en la vía pública una conversación sobre un plan para traficar éxtasis.

Los hechos de esta sentencia ocurrieron en Málaga, donde la Policía estaba vigilando a unos supuestos traficantes de éxtasis y dos de los sospechosos se dirigieron a hablar por un teléfono público, por lo que una de las funcionarias del grupo de vigilancia se acercó a ese teléfono y pudo escuchar lo que hablaban los vigilados con otra persona que se encontraba al otro lado de la línea. A pesar de que la funcionaria no escuchó lo que hablaban los dos extremos de la comunicación, se percató que estos se referían a pastillas de metanfetamina —a las que llamaban smiles— y que se planeaba su entrega para el domingo siguiente, como efectivamente ocurrió. En el operativo que se adelantó ese domingo se

²⁸ STS 914/1996, de 20 de diciembre, Ponente Sr. Francisco Soto Nieto.

²⁹ La Circular 1/2003, de la Fiscalía General del Estado, menciona el caso de una conversación que ocurre en el interior de la una residencia donde las ventanas están abiertas y por lo tanto se puede escuchar lo conversado libremente, caso en el cual no se está violentando el secreto de las comunicaciones de esta conversación directa (p. 34).

³⁰ STS 218 de 2007, de 5 de marzo, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín.

incautaron 5.000 pastillas marcadas con una sonrisa —*smile*—, los responsables fueron detenidos y meses más tarde se les condenó.

Los condenados alegaron en casación que había habido una vulneración al art. 18.3 CE ya que la funcionaria había escuchado la conversación telefónica sin autorización judicial. Pero como ya se indicó, el Tribunal Supremo resaltó que no había existido intervención de comunicaciones sino que se había tratado de una escucha directa a los interlocutores —los que se hallaban de un solo lado de la llamada telefónica—, por lo que no había habido injerencia en este derecho fundamental.

Esta posición jurisprudencial ya se mantuvo en la STS 1017/2001³¹, cuyo supuesto de hecho se refirió a una comunicación que se sostuvo en la Comisaría de Policía donde el sospechoso de un caso de robo utilizó el teléfono y la Policía escuchó directamente lo que estaba conversando.

En síntesis, cuando las conversaciones se realizan públicamente, se entiende que no existe una expectativa de privacidad, por lo que tener acceso auditivo directo a estas no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones y, por lo tanto, no aplica esta la característica ni la relacionada con el teléfono.

2.3. Las intervenciones telefónicas son una modalidad auditiva de la técnica especial de investigación conocida como “vigilancia electrónica”

El término “vigilancia” fue empleado por primera vez en 1978, en la Sentencia Klass y otros contra Alemania, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que a pesar de que no se mencionaban textualmente en el art. 8 CEDH, eran una medida de vigilancia que afectaba la privacidad de la personas³².

De acuerdo con la Real Academia Española de la Lengua, vigilancia significa “cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno”³³, y dado que se trata de una vigilancia electrónica, por “electrónico” se entiende “lo relativo al estudio y la aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios,

³¹ STS 1017/2001 de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

³² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57510>

³³ <http://lema.rae.es/drae/?val=vigilancia>

como el vacío, los gases y los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos”³⁴.

Así las cosas, cuando se realiza una intervención telefónica a través de un medio electrónico, se presta atención durante un periodo de tiempo a conversaciones que se adelantan a través de campos eléctricos y magnéticos mediante instrumentos electrónicos o técnicos, cualesquiera que sea este medio técnico³⁵, de transmisión y de escucha. La atención se puede centrar sobre el contenido de la llamada o de sus datos extremos, ya que todos estos son parte de la comunicación.

Siguiendo el curso de las conversaciones telefónicas intervenidas se pueden ir conociendo, de manera concatenada, las actividades presuntamente delictivas, así como la responsabilidad de sus autores o partícipes.

Cuando surgieron las intervenciones telefónicas su relación con la vigilancia de la persona intervenida era muy estrecha y fácil de comprender, ya que las primeras comunicaciones telefónicas se realizaban a través de una central atendida por operadoras quienes tenían acceso directo a los comunicantes, ya que ellas eran las que conectaban entre sí los cables que correspondían a cada línea.

Aunque las operadoras abandonaban la conversación una vez verificaban que el contacto entre estas líneas se había efectuado correctamente, de igual forma podrían permanecer escuchando la llamada. De ahí nació la primera forma de intervenir las llamadas telefónicas. Posteriormente, esta labor se realizó obteniendo una derivación de estos cables a un nuevo auricular, que utilizaba quien espiaba la conversación.

Esta forma de intervenir las conversaciones telefónicas le implica al investigador el tener que estar presente junto a la derivación de la línea, y estar pendiente del momento en que se produce una llamada para escucharla.

Esta situación se ilustró claramente en la película alemana “La vida de los otros”, ganadora del Óscar a la mejor película extranjera en el año 2007. Los hechos de esta película ocurrieron en Berlín Oriental en 1984, y cuentan la historia de un

³⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=electr%C3%B3nica>

³⁵ Art. 230 LOPJ, norma resaltada en la STS 1215/2009 de 30 de diciembre, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín, que trata sobre la validez del SITEL; y también en la STC 123/2002, de 20 de mayo.

oficial de la Policía Secreta (STASI) a quien le habían encargado la intervención de los teléfonos de un dramaturgo, sospechoso de ser parte de la resistencia.

La película muestra cómo la STASI irrumpe en el piso del dramaturgo para poder adelantar la intervención del teléfono, colocando una derivación del cable de la línea telefónica camuflando esta derivación hasta llevarla a un piso vecino en donde se ubicó al agente de la STASI. A partir de ese momento, puede observarse que la vida entera del investigador se circunscribe a la vida de su investigado, quien interviene las conversaciones telefónicas de este apenas ocurren, estando pendiente del timbre del aparato para levantar su auricular cuando se produce una llamada o marcación.

La película lleva a la audiencia a comprender que habida cuenta de la estrecha relación que establece el investigador hacia el investigado, éste llega a simpatizar con él de tal forma que termina protegiéndolo posteriormente, con consecuencias funestas para su propia carrera.

De este guion cinematográfico puede observarse claramente que la actividad de un investigador encargado de realizar escuchas telefónicas era —y sigue siendo— una modalidad de ejercer vigilancia sobre las actividades de una persona específica y no sólo de sus palabras, porque a través del contenido de sus llamadas se van conociendo sus ideas y movimientos.

Como en toda vigilancia, la labor de la Policía Judicial encargada de adelantar las comunicaciones telefónicas es concomitante a la actividad del investigado, cuestión que se ha matizado con los aparatos actuales para intervenir las comunicaciones, los cuales permiten la grabación automática de las conversaciones sin necesidad de la presencia permanente del investigador o analista.

La derivación de cables entre inmuebles vecinos sigue estando vigente; de hecho, fue utilizada por el CESID en 1998 para escuchar ilegalmente a la formación política Herri Batasuna³⁶. Sin embargo, aparatos como el SITEL registran y graban automáticamente el sonido que transmite un teléfono y sus datos externos, reemplazando así al investigador que permanecía por horas junto a la máquina para conectarla manualmente cuando se recibía una llamada.

Pero aunque el funcionario de la policía judicial ya no esté todo el tiempo presente para escuchar las conversaciones de manera simultánea, se considera que

³⁶ STS 224/2004, de 31 de marzo, Ponente Sr. Carlos Granados Pérez.

subsiste la labor de vigilancia porque la Policía Judicial está pendiente y alerta a los resultados de esas comunicaciones, que como ya se indicó son definidas y predeterminadas.

2.3.1. La vigilancia electrónica como una técnica especial de investigación

La vigilancia electrónica, junto con la entrega controlada y el agente encubierto, forma parte de lo que se denominan “Técnicas Especiales de Investigación” (TEI), referidas en las Convenciones de las Naciones Unidas en contra de la Delincuencia Organizada Transnacional (art. 20.1) y de la Corrupción (art. 50.1).

Las TEI permiten a la Policía Judicial conocer las actividades de un investigado de forma sigilosa, que es el modo de acercamiento indispensable cuando éste es violento o su acatamiento delictivo es sofisticado, por lo que una investigación basada en documentos y testimonios es peligrosa e inoperante.

Estas técnicas han sido definidas en las conclusiones de la Reunión de Expertos de la OEA para el Control del Lavado de Activos, realizada en Washington entre el 26 y 28 de marzo de 2005, y en el Informe OEA/CICAD de 2 de diciembre de 2004.

En la Reunión de Expertos se concluyó que TEI son “técnicas aplicadas por las autoridades competentes en el contexto de las investigaciones criminales, cuyo propósito es detectar e investigar los delitos y sospechosos, procurando la recolección de evidencia de forma que no altere a los sujetos investigados”³⁷.

A su vez, el Informe OEA/CICAD las definen como “todas aquellas facultades investigativas que, conjuntamente con los procedimientos comunes, están especialmente previstas en la ley para combatir, en el marco de un procedimiento penal, diversas formas de criminalidad organizada, normalmente vinculadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y actualmente, también con el terrorismo”.

De estas dilucidaciones se tiene que las características fundamentales de las TEI son las siguientes:

³⁷ OEA/CICAD. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, Reunión del Grupo de Expertos para el Control de Lavado de Activos. Marzo 16 -18 2005, Washington D.C. USA, Informe sobre la Secretaría Ejecutiva sobre las Técnicas Especiales de Investigación (http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/gupoexpertos/docs_reunión_grupo_de_expertos/lavexmarzo2005/tei-info.doc).

A) Se realizan en secreto para no alterar al investigado. Es por esta razón que las intervenciones telefónicas se autorizan y realizan en secreto, aun cuando se haya finalizado la etapa procesal del secreto del sumario.

El secreto de estas medidas es fundamental, ya que las características que presentan los grupos criminales organizados conllevan la necesidad estatal de contar con herramientas que permitan investigarlos y localizar a sus integrantes sin alertarlos ni colocar en peligro a las autoridades encargadas de realizar esta labor.

La CNUDOT—conocida como Convención de Palermo— de 15 de noviembre de 2000 en su art. 2 definió al grupo criminal organizado como un grupo estructurado de tres o más personas, que existe durante cierto tiempo y actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos con miras a obtener —directa o indirectamente— un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Y complementando esta definición, el documento del Consejo de Enropeol 161-Rev. 3 señaló que para determinar si se estaba en presencia de este tipo de delincuencia, debía analizarse si se cumplían al menos seis de las siguientes once particularidades:

1) Se conforma mediante la unión de más de dos personas, por lo que dentro de este concepto de grupo criminal organizado se excluye la pareja criminal, que es una figura criminológica definida como la unión de dos personas no homogéneas, llamadas íncubo (que representa el dominio, la sugestión) y súcubo (que representa la parte pasiva), las cuales realizan las conductas criminales de manera conjunta y armónica³⁸.

2) Existe una distribución de tareas entre ellas, lo que quiere decir que esas dos o más personas trabajan de común acuerdo —con lo que se excluyen la determinación y la instigación a delinquir³⁹— y prestan su consentimiento para reunirse con un propósito criminal, y acuerdan las funciones que desempeñarán.

³⁸ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, *Diccionario de Criminología*, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 138.

³⁹ ARENAS, Antonio Vicente, *Comentarios al Código Penal colombiano, Tomo II. Parte especial, Volumen 1*, Bogotá, ed. Temis, 1983, p. 204. La determinación y la instigación son dos formas de participación que operan a través de crear un impulso en el autor, pero que se diferencian entre sí porque en la determinación el impulso moral es tan eficaz que el delito se comete en virtud a dicho impulso (por lo que al determinador se le da el mismo trato del autor de la conducta

3) Permanecen unidas durante un periodo de tiempo prolongado o indefinido, lo que significa que la asociación es duradera, estable y persistente, porque se aspira solidariamente a la obtención de ganancias e incluso a posiciones de poder económico, político, mediático o en general social⁴⁰.

Esta necesidad de permanencia del grupo criminal organizado trae como consecuencia la creación de un vínculo entre estas organizaciones criminales y la corrupción, unión que se resalta en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción —conocida como Convención de Mérida— de 31 de octubre de 2003, que en su parte preliminar expone la preocupación por estos lazos.

4) Estas organizaciones poseen mecanismos de control en su interior cual si fueran una unión organizada, pues según señala FABIÁN CAPARRÓS⁴¹ estas uniones creadas al margen de la ley funcionan de manera similar a una sociedad lícita, logran la máxima eficiencia en la comisión de los delitos y aspiran a asegurar su impunidad.

5) Las actuaciones del grupo se centran en la comisión de un delito grave, diferente a la misma asociación, cuando ésta por sí sola es delito. En este sentido, el art. 2 de la Convención de Palermo define delito grave como “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”.

En España los “delitos graves” son aquellos sancionados con pena grave (art. 13 CP), que según el art. 33.2 CP son la prisión permanente revisable, la prisión superior a cinco años, la inhabilitación absoluta, las inhabilitaciones especiales por un tiempo superior a cinco años, la prohibición de conducir vehículos a motor o ciclomotor por un tiempo superior a ocho años, la prohibición de tener armas por un término superior a ocho años, la prohibición de residir en determinados lugares por un término mayor a cinco años, la prohibición de aproximarse a la víctima u otra personas que señale el juez por un término superior a cinco años, o de comunicarse con estos y la privación de la patria potestad.

punible) mientras que en la instigación criminal, el impulso moral es menos intenso y no tiene fuerza suficiente para causar el delito.

⁴⁰ ANARTE BORRALLO, Enrique, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrillo edits., Huelva, Universidad de Huelva, 1999, p. 23.

⁴¹ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Editorial Cóllex, 1998, p. 37.

6) Su actividad es internacional, pues es de tenerse en cuenta que la Convención de Palermo se refiere a la criminalidad organizada transnacional, por lo que esta característica se halla implícita y trae como consecuencia la dificultad de la persecución de los crímenes cometidos, ya que se presentan problemas de jurisdicción o simplemente logísticos.

7) Usan la violencia o presumen de poder hacerlo a través de medios intimidatorios. Sobre esta cuestión relacionada con la violencia, cabe resaltar que por más extrema que esta sea y forme parte de un programa de acción de la organización criminal, no constituye un fin en sí misma ni tampoco es gratuita. Es siempre un medio y se presenta, en principio, como un último recurso⁴². En ocasiones basta que exista una reputación violenta, entendida como la capacidad de forzar un comportamiento ajeno, sin necesidad de que se recurra realmente a la misma. Cuanto más organizado y estable sea el grupo criminal mayor será su reputación violenta y menor será la violencia que ejerce efectivamente⁴³.

8) Usan estructuras comerciales o de negocios lícitos que se unen a la actividad de blanqueo de capitales. Es una característica diferente por cuanto también les sirve para ganar la estima y la protección de la comunidad que los rodea, ya que a través de estos negocios lícitos establecen lazos con la comunidad que son similares al clientelismo; incluso se llegan a realizar actividades de índole social capaces de suplir las necesidades de sus habitantes⁴⁴.

9) Ejercen presión sobre el poder público —políticos, funcionarios o prensa—, la cual puede revestir diversas formas, como la violencia, las relaciones corruptas o el clientelismo.

⁴² PALAZZO, Francesco, “La Mafia Hoy: Evolución Criminológica y Legislativa”. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló edits., Huelva, Universidad de Huelva, 1999, p. 165.

⁴³ MEDINA ARIZA, Juan J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló edits., Huelva, Universidad de Huelva, 1999, p. 112.

⁴⁴ Sobre este tema, CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 133 y ss., plantea las relaciones entre estas patologías sociales en Sicilia, y hace relación a esta protección que realiza la mafia siciliana a la región. Sin embargo, sus reflexiones se pueden generalizar a todas organizaciones criminales.

10) Realizan, directa o indirectamente, actividades de blanqueo de capitales, característica que se asocia con la del “ánimo de lucro”, que se mencionan en la Convención de Mérida.

11) Tienen ánimo de lucro, que es fin último de la asociación delictiva y es lo que hace posible que la organización permanezca en el tiempo, de ahí que en su prevención y combate cada vez más se le conceda una importancia fundamental a su estrangulamiento financiero.

En España, el Preámbulo de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, que reformó el Código Penal español, indicó que este tipo de organizaciones no eran realmente “asociaciones” sino “agrupaciones de naturaleza intrínsecamente delictiva”, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna y que, en todo caso, buscaban ocultar su actividad ilegal con miras a lograr la impunidad. Esta realidad criminológica confluye en que probar su existencia sea difícil.

La norma introdujo en el art. 570 bis.1 CP la siguiente definición de organización criminal: “...la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. Podemos observar que esta definición es acorde con la que aparece en el art. 2 CNUDOT, y al igual que ésta no contempla la “pareja criminal”.

GONZÁLEZ CUSSAC propone conceptualizar la organización criminal de la siguiente manera: “pluralidad de personas establemente unidas para mejor lograr sus fines, en este caso mediante la comisión de delitos o el uso de medios delictivos”⁴⁵.

Por su parte, el Tribunal Supremo⁴⁶ les ha señalado cuatro características, a saber:

- 1) consiste en una agrupación de tres o más personas para la comisión de delitos;
- 2) se planea con un carácter estable o por un tiempo indefinido;
- 3) desarrolla de tareas coordinadas; y

⁴⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Tecnocrimen”. En: *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, José Luis González Cussac y María Luisa Cuerda Arnau dirs., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 212.

⁴⁶ STS 906/2014, de 25 de noviembre, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín.

4) presenta un reparto funcional de cometidos dispuestos al servicio del delito.

El Capítulo del Código Penal que trata sobre la criminalidad organizada pertenece al Título XXII del Libro II, que protege al orden público. Con ello, el legislador reconoció que, sin lugar a dudas, las organizaciones criminales representan un peligro para este bien jurídico tutelado, puesto que potencializan la lesividad de los delitos que cometen.

En razón a que los crímenes cometidos por las organizaciones criminales lesionan en mayor grado el correspondiente bien jurídico, la norma amplía el marco de acción de la organización criminal a la comisión de faltas, mientras que las definiciones indicadas anteriormente se refieren únicamente a la comisión de delitos graves. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la asociación, en sí misma, es una conducta grave.

Siguiendo lo anterior, el art. 570 ter CP agrega una nueva modalidad de organización criminal que se refiere a los grupos que carecen de las particularidades del art. 570 bis.1 CP, pero que tienen por finalidad el perpetrar delitos o faltas de manera concertada. La inclusión de esta nueva forma de organización criminal es acorde a lo indicado en el art. 2 CNUDOT, que integra los casos en los cuales no hay voluntad de permanencia pero sí un concurso de delitos, que se extiende nuevamente a la comisión de faltas, teniéndose en cuenta que la repetición de las mismas potencializa su daño.

B) Las TEI influyen en los derechos fundamentales y libertades del investigado: Por esta razón, y de acuerdo con el Grupo de Expertos de OEA/CICAD, la aplicación de las TEI debe regirse por los principios de legalidad y de excepción, lo que en la práctica ubica el uso de las mismas dentro de las investigaciones de delitos graves. Haciendo eco de esta condición, el Comité de Ministros del Consejo de Europea en la Rec(2005)10 de 20 de abril de 2005, invita a los estados miembros a utilizarlas para el esclarecimiento de crímenes graves, incluyendo el terrorismo, respetando los derechos fundamentales.

La gravedad de las conductas también se sugiere en el art. 8 CEDH, en el que se señala que la injerencia en la vida privada de las personas debe constituir una medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás, dentro del marco de una sociedad democrática, de tal manera que el tipo

de conducta que justifica la intromisión debe ser de tal magnitud, que pueda atentar contra esos bienes.

De igual forma, el Tribunal Supremo⁴⁷ afirmó que las escuchas telefónicas son un medio de investigación excepcional, que exige el sacrificio de un derecho fundamental, por lo que para su aplicación debe efectuarse un juicio de ponderación ante los bienes que se encuentren en conflicto.

Por todo lo anterior, teniéndose en cuenta el riesgo que representan estas organizaciones criminales para la convivencia ciudadana, es importante contar con estas técnicas especiales de investigación que incluyen la vigilancia electrónica de las comunicaciones telefónicas de sus presuntos miembros, lo que sin duda hace posible esclarecer los crímenes y posteriormente sirven como prueba en el juicio⁴⁸.

De esta forma, las interceptaciones telefónicas, como un tipo particular de vigilancia electrónica de conversaciones telefónicas privadas, constituyen una herramienta útil en contra del crimen organizado en las investigaciones conocidas como de *forward looking*, que son aquellas donde se están conociendo y confirmando las actividades que realizan los miembros de una organización criminal, para así poderla neutralizar efectivamente.

Estas investigaciones llamadas de *forward looking* no equivalen a las investigaciones prospectivas, que son aquellas que se basan en la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o de despejar sospechas sin base objetiva⁴⁹. Las escuchas prospectivas se encuentran prohibidas, ahora de manera expresa, en el actual art. 588 bis a. 2 LECR.

En todo caso, aunque los arts. 579.1 y 558 ter a) LECR, introducidos por la LO 13/2015, resaltan que este medio de investigación debe utilizarse respecto de delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, las escuchas telefónicas también son útiles para investigaciones diferentes a las que se adelantan en contra de grupos criminales organizados o de investigaciones de *forward looking*, bien sea porque se trate de delitos que no fueron realizados por un grupo criminal organizado o, simplemente, porque se trate de investigaciones de *back looking*, donde se recoge la evidencia que ha dejado el crimen ya consumado,

⁴⁷ STS 1142/2005 de 20 de septiembre, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

⁴⁸ VILABOY LOIS, Lotario, NOYA FERREIRO, Lourdes, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Santiago de Compostela, Tórculo Artes Gráficas, 2000, p. 9.

⁴⁹ SSTC 148/2009, de 15 de junio, y 253/2006, de 11 de septiembre.

aunque en este caso, antes de proceder a autorizar una interceptación telefónica, habrá que examinar con mucha precisión su efectividad y su necesidad, porque un delito consumado deja unas huellas propias que, en ocasiones, resultan más que suficientes para lograr los objetivos.

La neutralización de actividades criminales puede darse de varias maneras a través de esta técnica, a saber:

- estableciendo la existencia y circunstancias particulares del delito del cual se tenían indicios al solicitar al ordenar la intervención telefónica;
- fijando la culpabilidad o la inocencia del investigado;
- recibiendo una noticia criminis de otros delitos, sean o no conexos a aquel del cual se tenían indicios al momento de solicitar y ordenar la intervención telefónica;
- conociendo la localización de un investigado para poder proceder a su captura. Esta es una de las finalidades que se encuentra en el art. 235 CPPC⁵⁰;
- descubriendo el paradero de la víctima para efectos de su rescate;

⁵⁰ Art. 235 Ley 906/2004 de Colombia, de Procedimiento Penal —precepto modificado por el art. 52 de la Ley 1453 de 2011—. El nuevo texto es el siguiente: “El fiscal podrá ordenar, con el objeto de buscar elementos materiales probatorios, evidencia física, búsqueda y ubicación de imputados, indiciados o condenados, que se intercepten mediante grabación magnetofónica o similares las comunicaciones que se cursen por cualquier red de comunicaciones, en donde curse información o haya interés para los fines de la actuación. En este sentido, las autoridades competentes serán las encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación así como del procesamiento de la misma. Tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden y todos los costos serán a cargo de la autoridad que ejecute la interceptación. En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de seis (6) meses, pero podrá prorrogarse, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron.

La orden del fiscal de prorrogar la interceptación de comunicaciones y similares deberá someterse al control previo de legalidad por parte del Juez de Control de Garantías”.

– interrumpiendo el curso de una comunicación por razones de seguridad, y evitar que se realice un delito. El art. 236 del CPP-NA así lo dispone⁵¹, cuestión que, como lo señala LANGHE⁵², es inusual en Derecho comparado y presenta dificultades interpretativas y prácticas respecto de su aplicación, pero que busca hacer cesar un delito en curso de ejecución, es decir tiene una finalidad preventiva y de protección;

– aportando pruebas documentales hechos indicadores para construir un indicio, con destino al juicio penal.

Por último, la vigilancia, debe realizarse a través de medios electrónicos, cualquiera que sea su tecnología⁵³, por lo que la omisión de los mismos para escuchar conversaciones telefónicas directamente no constituye una intervención telefónica.

La STS 591/2002⁵⁴, que decidió sobre un caso donde la Policía Judicial escuchó directamente una conversación a través de radioteléfonos, resolvió que esta actuación de la Policía no había sido ilegítima ni delictiva porque las conversaciones a las cuales había tenido acceso habían podido ser oídas por cualquier persona que se encontrara en las inmediaciones —incluyendo a la Policía— que en esas circunstancias no tenía que solicitar previamente una autorización de intervención de los medios de comunicación.

⁵¹ Art. 236 CPP-NA: “El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas.

Bajo las mismas condiciones, el Juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él [párrafo incorporado por art. 7.º de la Ley N.º 25.760 B.O. 11/8/2003].

En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los artículos 142 bis y 170 del Código Penal de la Nación, o que tramiten en forma conexas con aquéllas, cuando existiese peligro en la demora, debidamente justificado, dichas facultades podrán ser ejercidas por el representante del Ministerio Público Fiscal, mediante auto fundado, con inmediata comunicación al Juez, quien deberá convalidarla en el término improrrogable de veinticuatro horas, bajo pena de nulidad del acto y consecuente ineficacia de la prueba introducida a partir de él [párrafo incorporado por art. 7.º de la Ley N.º 25.760 B.O. 11/8/2003].”

⁵² LANGHE, Marcela de, *Escuchas telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p. 81.

⁵³ STS 1224/1999, de 8 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

⁵⁴ STS 591/2002, de 1 de abril, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.

2.3.2. Actividades investigativas que difieren de la vigilancia electrónica de las comunicaciones telefónicas

Ahora bien, como actividad de vigilancia que es, la intervención telefónica se centra en el cuidado de algo que está ocurriendo en ese momento y no en la búsqueda de algo que ya sucedió, sin que hubiere mediado atención en ello. Por esta razón, actos de investigación que sobre actividades ocurridas fuera de esta órbita de vigilancia de la Policía Judicial no encajan dentro de la definición de escuchas telefónicas, sin que esto signifique que todas estas otras actividades se puedan realizar libremente por parte de la Policía Judicial, pues algunas de ellas requieren también de una autorización de órgano jurisdiccional competente.

En algunos de estos casos tampoco existe una comunicación y, por tanto, se carece de la particularidad de la intervención en las comunicaciones privadas.

En consecuencia, no son intervenciones telefónicas las siguientes actividades: las actividades de inteligencia, que consisten en recolectar datos de audio indiscriminados obtenidos de conversaciones telefónicas; la inspección de datos dejados en la memoria del teléfono incautado; la averiguación de un número telefónico; la obtención del IMEI y del IMSI de un teléfono móvil; y la averiguación de listados de llamadas telefónicas y el examen de la cinta de la máquina contestadora encontrada durante la diligencia de registro a inmueble.

Por lo anterior, se pasará a hacer un breve estudio de cada una de ellas, para determinar su alcance y reglamentación.

2.3.2.1. Labores de recolección de información auditiva realizadas dentro de las actividades de inteligencia

ROMEO CASABONA⁵⁵ señala que la interceptación de las comunicaciones es una conducta diferente a la captación de sonido mediante aparatos técnicos.

Aquí se encuentran las labores de captación mediante aparatos técnicos de escucha, que se realizan dentro de las actividades de inteligencia y que buscan obtener fuentes de información de inteligencia.

La necesidad de las labores de inteligencia está expuesta en la STS 921/2006⁵⁶, así como en la STEDH Klass contra Alemania, de 6 de septiembre de 1978.

⁵⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento...*, cit., p. 95.

⁵⁶ STS 921/2006 de 26 de septiembre, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

Estas labores están a cargo de los organismos especializados conocidos como Agencias de Información, que tienen como fundamento la obligación del Estado de velar por la vigencia del orden constitucional y brindar a los asociados las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades, junto con un ambiente de paz⁵⁷.

Conforme lo indica VERVALE⁵⁸, por regla general las actividades de inteligencia son proactivas y no tienen la investigación penal como destinataria en contraste con las actividades de Policía Judicial. La difusión a la que se refiere el “ciclo de la inteligencia” no es pública, sino que tienen por destinatario a las autoridades que tienen la potestad de tomar decisiones en torno a temas de seguridad y defensa.

Si la información recolectada es insuficiente, las decisiones que tome la autoridad serán gravemente erradas, por lo que se necesita que la labor de inteligencia sea eficiente, y para ello es fundamental que accedan a la mayor cantidad de fuentes posibles⁵⁹. Y es dentro de este marco que se permite que accedan a las señales auditivas de comunicaciones, dentro del proceso de elaboración, las cuales se filtran y se clasifican —según las necesidades— para luego valorarlas y volverlas a integrar analíticamente.

Las labores de inteligencia se realizan a través del señalado como “ciclo de la inteligencia”, que comprende las fases de planeación, obtención de información,

⁵⁷ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 066/1998, de 5 de marzo: “Se pregunta la Corte si los organismos de seguridad están autorizados para recopilar informaciones sobre las personas. Este interrogante ya ha sido respondido de manera afirmativa por esta Corporación. Ello con fundamento en la obligación del Estado de velar por la vigencia del orden constitucional y brindarle a los asociados tanto las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades como un ambiente de paz, deberes éstos cuyo cumplimiento reposa en muy importante grado en las fuerzas militares y la policía nacional. Mas esta facultad no es ilimitada. En el proceso de acopio de información se deben respetar los derechos humanos y el debido proceso”.

⁵⁸ VERVALE, John A. E., “Retos principales planteados por la globalización de la justicia criminal”. En: *Terrorismo de Estado y Derecho*, José Ramón Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo coords., Ed. Iustel, Madrid, 2010, pp. 323 y ss.

⁵⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T 444/1992: “Esta función requiere del máximo de discreción que redundará en el éxito de la posterior sanción penal, pues es de todos, conocido que la desaparición de las pruebas o su deterioro normal por el transcurso del tiempo inciden en el desarrollo del proceso. Razones suficientes asisten al Estado para mantener reserva en tan delicada labor y poseer no sólo a nivel nacional sino internacional la información que le permita actuar rápidamente frente a las conductas delictivas”.

elaboración y análisis y de difusión. La obtención de información se nutre de fuentes humanas (HUMINT), emisiones electromagnéticas que consisten en señales de comunicación y otras (SIGINT), imágenes obtenidas a través de cámaras regulares o satélites espaciales (IMINT) y fuentes abiertas (OSINT)⁶⁰. Este ciclo cada vez se hace más flexible⁶¹, y su materia prima es la información, que a su vez produce otra información como resultado de ese “ciclo de la inteligencia”⁶².

Cuando se trata de la recolección de información SIGINT, hacen uso de variadas tecnologías que se han desarrollado y que permiten la captación de datos, incluyendo palabras que se transmiten a través de los sistemas de comunicación⁶³. Normalmente, la finalidad de recaudación de estos datos se relaciona con la lucha antiterrorista o en contra de la delincuencia grave y muchas veces no respeta los derechos fundamentales⁶⁴. Uno de estos sistemas es conocido como ECHELON⁶⁵. Un informe sobre este sistema, presentado el 11 de julio de 2001 por parte de la Comisión Temporal del Parlamento Europeo, cuestionó seriamente lo

⁶⁰ ROSALES PARDO, Ignacio Antonio, “Conceptos clave: integración, inteligencia compartida y análisis”. En: *Terrorismo Global*, Diego Navarro Bonilla y Miguel Ángel Esteban Navarro coords., Madrid, Plaza y Valdés, 2007, pp. 134 y ss.

⁶¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, LARRIBA HINOJO, Beatriz, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Derecho”. En: *Inteligencia*, José Luis González Cussac coords., Tirant lo Blanc, 2012, version kindle, Posición 2890/9700.

⁶² VALLÉS CAUSADA, Luis Manuel, *La Policía Judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012, p. 446.

⁶³ ESTEBAN NAVARRO, Miguel A., CARVALHO, Andrea, “Inteligencia: concepto y práctica”. En: *Inteligencia*, José Luis González Cussac coords., Tirant lo Blanc, 2012, version kindle, Posición 2312/9700.

⁶⁴ GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “La protección...”, *cit.*, posición 607/6036.

⁶⁵ RADDEN KEEFE, Patrick, *Chatter, uncovering the Echelon surveillance network and the secret world of global eavesdropping*, Random House, trade paperbacks, Nueva York, version kindle, 2006. Bajo el liderazgo de los Estados Unidos de América, cinco agencias mundiales (Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Nueva Zelanda y Australia) han envuelto al mundo en otra modalidad vigilancia electrónica, diferente a la intervención de las comunicaciones, que incluye la posibilidad de realizar escuchas. El Parlamento Europeo realizó una investigación sobre su existencia, que determinó, según el acta del 5 de septiembre de 2001, se había usado con fines comerciales.

compatibilidad de la utilización del ECHELON con lo dispuesto en los arts. 8 CEDH y 7 CDFUE.

Es de aclarar que al lado de este se encuentran otros sistemas como el *carnivore* del FBI, que rastrea palabras claves. La Agencia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América (NSA) usa el PRISM, que produce captaciones masivas de compañías que manejan buscadores en internet.

Como lo señala BACHMAIER WINTER⁶⁶, actualmente las técnicas de investigación de los servicios secretos gubernamentales destinados a mantener la seguridad ciudadana y las técnicas que en ocasiones utiliza el poder judicial para hacer efectivo el *ius puniendi* tienden a aproximarse entre sí.

En momentos en que se vislumbraba una fuerte tendencia hacia un Derecho Penal mínimo, éste empezó a expandirse por el surgimiento de nuevos bienes jurídicos dignos de protección —como lo ecológico y lo económico—, por la aparición de fenómenos como la criminalidad organizada y la sociedad industrial, que creó nuevos riesgos en razón a los avances tecnológicos. Todo ello ha repercutido en la necesidad de ahondar en otras formas de investigación, reservadas para otras labores —investigaciones de inteligencia, por ejemplo— para proteger a una sociedad urgida de seguridad⁶⁷.

De otra parte, la labor de los organismos de inteligencia se ha acercado a las de la Policía Judicial ante la necesidad de brindar seguridad y protección a la ciudadanía en razón de atentados terroristas como el del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de América, el del 11 de marzo de 2004 en Madrid, el del 7 de julio de 2005 en Londres y el del 13 de noviembre de 2015 en París, entre otros. Como consecuencia de ello, estos organismos no solo realizan labores de inteligencia sino también, verdaderas investigaciones.

En todo caso, e independientemente de lo cuestionables que estas medidas lleguen a ser, la captación y grabación automática de palabras predefinidas, expresadas por personas indeterminadas durante sus conversaciones telefónicas, que se captan y graban porque así se ha establecido en un programa de computación para un análisis posterior de inteligencia, no son vigilancia de una

⁶⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena, *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 61-62.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, Ed. IBdeF, 2011, pp. 11 y ss.

persona a través de sus conversaciones telefónicas y por consiguiente no son escuchas telefónicas, aunque interfieran en la privacidad de las llamadas telefónicas, que adicionalmente, no tienen una finalidad de hacer efectivo el *ius puniendi*.

Por este motivo, la vulneración al secreto de las comunicaciones con este tipo de programas, afincados en razones de seguridad, requiere su propio y especial tratamiento legislativo y de derecho internacional, que tenga en cuenta el alcance particular de los programas empleados cuya finalidad se ha venido acercando a la del proceso penal pero sin llegar nunca a confundirse con esta.

2.3.2.2. Inspección de los datos que se encuentran en el teléfono incautado

En los teléfonos actuales se encuentran informaciones —listado de teléfonos, direcciones, citas personales, etc.— que anteriormente se consignaban en otros lugares diferentes del aparato telefónico que tradicionalmente se anotaban en agendas; los apuntes y recordatorios que se apuntaban en libretas; las fotografías que se guardaban en los álbumes; tarjetas de presentación, tiquetes, recibos y facturas que se archivaban manualmente. E incluso, se cuenta con la posibilidad de elaborar documentos.

De igual forma, se pueden hallar los rastros o registros de comunicaciones pasadas, orales o escritas.

Aunque estos datos se encuentren al inspeccionar el teléfono, e incluso se haya utilizado el artefacto para producirlos y estén relacionados con la comunicación, como es el caso del listado de números de teléfonos de la agenda, la inspección que de ellos haga la Policía Judicial no constituye intervención telefónica al no cumplir con dos de sus propiedades: no constituyen vigilancia de comunicaciones telefónicas porque precisamente no hay comunicaciones, tal como puede observarse a continuación.

En primer lugar, muchos de los datos almacenados en un teléfono son independientes a las transmisiones de conversaciones a distancia que se han transmitido por ese teléfono, pues el hecho de haber apuntado un número telefónico en una agenda no significa que se haya conversado con esa persona.

En segundo lugar, no constituyen una vigilancia electrónica de conversaciones en curso sino una actividad investigativa posterior que simplemente registra datos, por lo que no se restringe el derecho al secreto de las comunicaciones y su

conocimiento atañe al derecho de intimidad del art. 18.1 CE donde, conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional⁶⁸, en casos urgentes no es indispensable la autorización previa del juez, siempre y cuando la Policía Judicial actúe dentro de su marco constitucional legítimo.

Así lo han señalado la jurisprudencia⁶⁹ y la LO 13/2015. A título ejemplificativo, vale destacar la STC 142/2002⁷⁰, en la que el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo presentado por un funcionario de Policía condenado por procurar el embarque de un automóvil robado desde el puerto de Galia a Tánger. En esa oportunidad, el vehículo llamó la atención de dos guardias del puerto, que decidieron inspeccionarlo encontrando un móvil en cuya agenda aparecía el teléfono del Policía.

El motivo del amparo presentado ante el Tribunal Constitucional fue la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, al haber examinado la agenda del teléfono encontrado dentro del vehículo sin previa autorización judicial habilitante.

Sin embargo, el Tribunal consideró que la inspección de la agenda del móvil solo tenía injerencia en el derecho a la intimidad, y que los guardias se encontraban en la urgente necesidad de esclarecer el delito que se estaba cometiendo, por lo que no necesitaron orden habilitante para haber actuado. La Sentencia agregó que no estaba probado que estos funcionarios hubieran accedido al listado de llamadas del artefacto, caso en el cual sí se hubiera necesitado autorización judicial.

Esta posición se mantuvo en la STC 115/2013⁷¹, donde unos agentes de Policía irrumpieron dentro de un invernadero en Cádiz, y aunque quienes se hallaban en el lugar huyeron, dejaron hachís y unos teléfonos móviles. En la agenda de uno de estos, aparecía un número telefónico bajo el nombre de “mamá”, y este dato permitió la localización de los responsables del delito de drogas, quienes habiendo sido condenados por este hecho, solicitaron amparo ante el Tribunal Constitucional porque los Policías habían investigado el contenido del teléfono sin previa autorización judicial.

⁶⁸ STC 70/2003, de 3 de abril.

⁶⁹ ATS 7/2013, de 17 de enero, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁷⁰ STC 142/2002, de 2 de julio.

⁷¹ STC 115/2013, de 9 de mayo.

Al igual que en el caso anterior, el Tribunal consideró que la Policía no necesitaba de autorización judicial para mirar la agenda del móvil encontrado, y que la situación hubiera sido diferente si se hubieran investigado las llamadas del móvil, supuesto en el cual la autorización si sería necesaria.

El Tribunal Supremo continuó con esta posición del Tribunal Constitucional en la STS 321/2001⁷². De este fallo deben resaltarse dos cuestiones: La primera, que se convalidó la inspección que unos Policías habían hecho a la agenda telefónica del móvil que portaba una persona capturada al entrar a España con droga, acción con la cual se buscaba localizar la persona que iba a recibir esa cocaína; pero, al mismo tiempo, se desestimó la misma gestión respecto de los listados de llamadas por considerar que ahí si se necesitaba de una autorización judicial previa. Y la segunda, el voto particular del Magistrado Andrés Ibáñez, quien discrepó de la equivalencia que se hizo entre la agenda del teléfono móvil y la tradicional libreta de papel, porque indicó que este tipo de aplicaciones de los aparatos de telefonía actuales tienen una función más dinámica que no admite tal paridad y, por lo tanto, debería exigirse la orden habilitante ante estas eventualidades.

Este voto particular es acorde con lo indicado en la STS 130/2007⁷³, donde se consideró que la averiguación del número del teléfono sin orden judicial, por parte de la Policía, sí había vulnerado el núcleo fundamental del secreto de las comunicaciones; sin embargo, de acuerdo a los dos votos particulares de la sentencia⁷⁴, es factible deducir que tal conclusión se derivó porque el Tribunal presumió que la policía había actuado irregularmente.

La posición del Magistrado Andrés Ibáñez sobre la no equivalencia entre las agendas es la que se adopta en el Capítulo VIII del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque en el art. 588 sexies 4 LECR se señala que en los casos de urgencia, cuando exista un interés constitucional legítimo, la Policía Judicial puede adelantar el respectivo examen sin necesidad de autorización previa, pero que durante las siguientes 24 horas deberá dar aviso al juez.

El hecho que la inspección a los datos de la agenda de teléfonos del teléfono móvil no sea una intervención de comunicaciones telefónicas, no significa que estos datos estén fuera del amparo del art. 18 CE.

⁷² STS 321/2001, de 26 de abril, Ponente Sr. Luciano Varela Castro.

⁷³ STS 130/2007, de 19 de febrero, Ponente Sr. Luciano Varela Castro.

⁷⁴ Sres. Andrés Martínez Arrieta y José Manuel Maza Martín.

En todo caso, el que la LO 13/2015 haya introducido este tema de la inspección de los aparatos de comunicación telefónica en el Capítulo VIII del Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a las interceptaciones telefónicas en capítulo diferente dentro del mismo Título, corrobora que son actuaciones de investigación diferentes.

2.3.2.3. Obtención de un número de abonado telefónico, del IMEI o del IMSI

Mientras que la obtención de los números del IMEI y del IMSI se hace de manera tecnológica, el número de un abonado puede conseguirse de variadas formas. Esta es la razón por la que se tratarán de manera separada.

En todo caso, la regla general actual radica en que mientras estas actividades se realicen como antecedente para solicitar al juez la autorización de intervención de la comunicación telefónica, la Policía Judicial las puede desarrollar directamente siempre y cuando estos datos no se obtengan a través de la técnica de agencia encubierta, caso en el cual sí se requiere autorización judicial.

2.3.2.3.1 Obtención del número del abonado telefónico

La averiguación del número de teléfono suele ser la actuación de la Policía Judicial que antecede a la solicitud de autorización de escuchas telefónicas, por lo que no requieren de orden judicial habilitante.

Esta posición aparece en la STS 316/2000⁷⁵, dictada dentro de un proceso donde la Policía había encontrado un número de teléfono en un alijo de droga y lo marcó para comprobar si pertenecía al receptor de la sustancia, como efectivamente resultó serlo.

En este caso, el recurrente alegó violación al secreto de las comunicaciones, petición que fue desestimada por el Tribunal, señalando que la Policía había obtenido el número dentro de un proceder meramente investigativo, aprovechando los medios a su alcance y sin que se hubiera constituido una injerencia en el secreto de las comunicaciones.

⁷⁵ STS 316/2000, de 3 de marzo, Ponente Sr. Adolfo Prego de Tolívar.

2.3.2.3.2. Obtención de los números de IMEI y de IMSI

Otras formas que utiliza la policía judicial para conseguir el número del teléfono y que por sí solas identifican el aparato, consisten en averiguar el IMEI y el IMSI.

En el proceso de fabricación de un teléfono móvil se le asigna a este un número de identidad internacional que es único para cada dispositivo, conocido como *International Mobile Equipment Identity* (IMEI). A través de este número se permite su identificación, lo que facilita su recuperación y su bloqueo en caso de hurtos. Este dato de fabricación opera como cualquier otro distintivo del artefacto, como podría ser su marca, modelo, color, etcétera. Por esta razón, el IMEI no constituye un dato íntimo ni personal de su usuario, máxime porque aparece con anterioridad a su adquisición.

Otra sigla que se relaciona con el IMEI es el IMSI, número de identificación internacional o *International Mobile Subscriber*, que nace en el momento en el cual se le asigna una línea al aparato de teléfono que está provisto de IMEI. Este número se encuentra incorporado en la tarjeta SIM del teléfono, y sirve para que las redes de comunicación lo identifiquen.

La obtención del número del IMEI o del IMSI son importantes para conocer miles de datos útiles, como el abonado de la línea, el operador y el titular e incluso ir más allá, porque se pueden localizar los lugares o celdas desde donde se realizó transmisión de la comunicación, relacionar las llamadas entrantes o salientes y, por supuesto, a través de estas gestiones se puede llegar a la identificación del titular de la línea.

Sin embargo, como todas estas labores son anteriores a la intervención telefónica, no comportan vigilancia de conversaciones telefónicas, por lo que tampoco intervienen en el secreto de las comunicaciones.

En la STS 1115/2011⁷⁶ se explicó que la obtención de este dato por parte de la Policía Judicial no vulneraba las garantías del art. 18.3 CE, y se agregó que el art. 22.3 LOPD, había facultado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para recoger e investigar estos datos en el marco de la investigación de un delito grave, por lo que se trataba de actuaciones permitidas a estos organismos.

⁷⁶ STS 1115/2011, de 17 de noviembre, Ponente Sr. Francisco Monterde Ferrer.

Ahora bien, cuando la labor de investigación va más allá de conocer estos números y busca obtener su funcionalidad a través de los datos que obran en los ficheros de la operadora, de acuerdo al Tribunal Supremo sí se requiere de resolución judicial⁷⁷; sin embargo, el art. 588 ter I LECR —introducido por la LO 13/2015— indica que este tipo de labores pueden ser realizadas directamente por parte de los agentes de Policía Judicial, es decir, sin necesidad de orden, por lo que se dejara sin efecto lo indicado en la STS 921/2009.

2.3.2.4. Averiguación del listado telefónico

Este tema ha sido objeto de variadas posiciones jurisprudenciales, pero actualmente está reglamentado de manera clara en la Ley.

Se trata de datos relacionados a una comunicación habida a través de un medio electrónico —el teléfono— que ha finalizado, por lo que significa que el proceso de comunicación también ha terminado y, por lo mismo, esta actividad de investigación no interfiere en el secreto de las comunicaciones, ni mucho menos, es una intervención telefónica.

Sin embargo, la Ley ha dispuesto que se requiere de orden judicial para acceder a estos datos.

Dicha reglamentación se encuentra en la LCDCE-RPC, que se aplica a los datos de tráfico y de localización sobre personas físicas y jurídicas y a los datos relacionados para identificar al abonado o al usuario; en el art. 3 se indica que para lograr esa finalidad, las operadoras deben conservar datos como los números telefónico marcados o a aquellos a donde se transmite la llamada, la fecha y la hora en que se realizó la comunicación, los datos que permitan localizar geográficamente la celda, entre otros, por lo que la información proveniente de los

⁷⁷ STS 921/2009 de 31 de marzo, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo: “Como recuerda el Ministerio Fiscal, la STS 240/2008, 20 de mayo, clarificó la postura jurisprudencial respecto de la captación del IMSI de un determinado terminal, señalando que «...ni es un dato integrable en el concepto de comunicación, ni puede ser encuadrado entre los datos especialmente protegidos», porque ese número de identificación sólo expresa una serie alfanumérica incapaz de identificar, por su simple lectura, el número comercial del abonado u otros datos de interés para la identificación de la llamada, concluyendo que «...así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia»”.

números telefónicos de una conversación que ha finalizado, es lo que se conoce como “datos de tráfico”.

El art. 4 LCDCE-RPC señala que las operadoras deben conservar estos datos por un plazo mínimo de 12 meses —plazo fijado en el art. 5— y su cesión a la Policía Judicial —y a los organismos de inteligencia, entre otros— está regulada en el art. 7.

Para efectos de esta cesión, la norma advierte que debe existir una resolución judicial previa que así lo ordene, la cual se proferirá si la medida resulta idónea, necesaria y proporcionada pues, en todo caso, el conocimiento por parte de terceros de las llamadas entrantes y salientes que haya recibido o hecho una persona constituye una limitación el disfrute de sus derechos fundamentales protegidos por el art. 18 CE.

Cuando la resolución judicial no especifique el plazo de entrega a estos datos, esta cesión deberá efectuarse dentro del plazo de 7 días naturales contados a partir de las 08:00 horas del día natural siguiente a aquél en que el sujeto obligado haya recibido la orden. Por lo anterior, se tiene que independientemente de los giros que haya dado la jurisprudencia y la doctrina con relación a este tema, actualmente por disposición de una ley expresa la Policía Judicial necesita de una orden judicial para obtener el listado de las llamadas telefónicas pasadas, a menos que cuente con la autorización del titular de la línea⁷⁸.

Así las cosas, por economía procesal y celeridad, el juez puede autorizar en un mismo auto la interceptación de comunicaciones telefónicas de una persona y la consecución del listado de llamadas entrantes y salientes de ese mismo abonados telefónico, pero cada uno de estas actividades de investigación son diferentes y así deben ordenarse y evaluarse sus resultados.

2.3.2.5. Examen de la cinta del contestador encontrada durante la diligencia de registro a un inmueble

La aprehensión y el posterior estudio de este elemento⁷⁹ no se consideran una intervención telefónica, aun cuando el aparato contenga conversaciones habidas

⁷⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 127.

⁷⁹ SAP Valencia de 5 de septiembre de 1997: “...la cinta en cuestión no reúne las condiciones imprescindibles para serle de aplicación las exigencias legales de garantía, prescritas en el art. 579

por teléfono y posiblemente datos íntimos, porque la Policía no accede a esta información dentro de una labor de vigilancia directa de las comunicaciones que dieron lugar a esas grabaciones, sino en virtud de haber realizado una recolección posterior.

El art. 588 sexies a) LECR no parece incluir a este tipo de máquinas, que captan un número limitado de mensajes, dentro de los dispositivos de almacenamiento masivo de información cuya aprehensión o revisión debe estar precedida de autorización, salvo los casos de urgencia. Entonces, este caso la orden de allanamiento y registro cubriría suficientemente la legalidad de la aprehensión y escucha de la cinta de la máquina contestadora de llamadas.

Por el contrario, cuando el recado telefónico grabado se encuentre en poder de las operadoras —ya que actualmente son las compañías telefónicas las que prestan ese servicio, relegando la maquina contestadora ubicada dentro de la residencia—, la cesión de estos datos a la Policía Judicial debe seguir las mismas disposiciones indicadas para la entrega del listado telefónico, ya que se trataría de datos electrónicos personales, y en ese caso se hace necesaria una autorización judicial previa.

2.4. Las intervenciones telefónicas suponen la transmisión del habla a través del aparato telefónico

Este asunto, que parece obvio, debido a la evolución de los sistemas de comunicación no ha sido tan claro en la práctica. Así, hay dificultades para definir lo que es un teléfono, o si la injerencia en el información provenientes de todas las actividades que se desarrollan con el teléfono son intervenciones telefónicas.

Sobre el primer planteamiento, cabe decir que el tema de las intervenciones telefónicas se hace especialmente interesante porque enlaza cuestiones técnicas con asuntos legales, y esta interacción es complicada ya que la tecnología avanza mucho más rápido que la legislación.

de la LECR, al entender la Sala que en esta ocasión no se ha producido propiamente una observación o una intervención de comunicación telefónica, por cuanto que se trata de una recepción grabada por el acuerdo tácito del titular del teléfono y con sus propios medios, que al producirse durante el registro, permite que la cinta pueda ser ocupada”.

Es así como en 1996 el Tribunal Constitucional tuvo que aclarar que la intervención de los teléfonos móviles requería de una orden judicial, como si se tratase de teléfonos fijos provistos de un cable, porque el teléfono móvil también era un teléfono⁸⁰.

Actualmente, la protección al secreto de las conversaciones que se adelantan a través del teléfono móvil se percibe como una cuestión obvia, pero suelen seguirse presentado inquietudes similares cuando aparecen nuevas creaciones tecnológicas en materia de comunicación, como sucede, por ejemplo, con la telefonía VOIP, ya que según la Agencia Española de Protección de Datos las conversaciones por este medio no están protegidas⁸¹.

Con relación al segundo planteamiento, es importante resaltar que no todas las pesquisas que se adelantan sobre un aparato telefónico son intervenciones telefónicas, ya que actualmente, los dispositivos pueden transmitir correspondencia a través de cuentas de correo electrónico, mensajes de texto, y emiten también señales que permiten la localización de su usuario y, por lo tanto, la regulación de actividades de investigación sobre estos y otros elementos que se encuentran en los teléfonos actuales —o en los ordenadores—, como los mensajes de texto que ahora incluyen la posibilidad de mensajes de voz, no puede confundirse con las escuchas telefónicas, aunque se regulen en el mismo Capítulo V del Título VIII del Libro II de la LECR.

2.4.1. Concepto y evolución del teléfono

Al indicar que la intervención de las comunicaciones requiere del teléfono, se hace indispensable establecer qué se entiende por teléfono, y para ello se debe hacer un breve recorrido a lo largo de su historia y de su evolución tecnológica.

⁸⁰ STC 34/1996, de 11 de marzo.

⁸¹ La “Guía de recomendaciones de usuarios de internet” de la Agencia Española de Protección de Datos indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha diferenciado la “telefonía IP” —o VOIP— de la “telefonía regular” para efectos de prever su servicio. Además, el documento advierte que la comunicación que se transmite por este sistema puede tener escasa privacidad (<https://www.unirioja.es/servicios/si/seguridad/difusion/RecomendacionesAGPD.pdf>).

En este orden de ideas, lo primero que se conoce es que fue patentado por Alexander Graham Bell el 17 de febrero de 1876⁸², adelantándose por horas a su competidor Gray, por lo que enfrentó un proceso judicial que, por cierto, no fue el único conflicto judicial respecto de este tema: posteriormente, la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, mediante Resolución 269 de 11 de junio de 2002, otorgó a Antonio Meucci los derechos como inventor del teléfono, decisión contra la que se pronunció, el 21 de junio del mismo año, el Parlamento Canadiense, que reconoció los derechos de Graham Bell. Por lo anterior, simplemente diremos que Graham Bell fue el primero en patentar —y no en inventar— el teléfono.

Ese aparato patentado por Alexander Graham Bell era muy simple y compartía un mismo receptor y transmisor.

Posteriormente, Thomas A. Edison diseñó el aparato con receptor y transmisión de voz en cada uno de los extremos, que es el conocido tradicionalmente⁸³, y le agregó al micrófono pequeños gránulos de carbón para mejorar la transmisión del sonido.

Al igual que el diseño exterior del aparato, las técnicas de transmisión de las ondas sonoras que este utiliza han venido evolucionando: desde el teléfono del que se derivaba un cable capaz de transmitir la onda sonora a través de sus hilos, generalmente de cobre, que se hallaban agrupados y recubiertos por láminas de algodón, que en un ambiente húmedo permitían que las ondas pasaran de un cable a otro facilitando intervenciones espontáneas de las comunicaciones, se ha pasado al cable de fibra óptica que transforma la onda sonora en luz para su transmisión que al final la vuelve a convertir en sonido y a la onda radio-eléctrica —o hertziana— de señales de radio que se entrelazan a través de satélite.

Adicionalmente, hasta los años setenta del pasado siglo se utilizaba la técnica de telefonía analógica, que consistía en la transmisión de las ondas que genera la voz mediante señales eléctricas; actualmente, se utiliza un sistema digital o codificado en pulsos que permite tener importantes cotas de seguridad para realizar transacciones financieras. Y el ordenador de las centrales telefónicas

82

<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Pub=hansard&Language=E&Mode=1&Parl=37&Ses=1#T1140>, consultado el 18 de junio de 2010.

⁸³ BAHAMONDE MAGRO, Ángel, OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, *El teléfono. El nacimiento de un nuevo medio de comunicación, 1877-1936* (<http://www.ucm.es/info/hcontemp/leoc/telefono.htm>).

ha reemplazado a las antiguas que eran atendidas por operadoras, las cuales estuvieron presentes hasta comienzos del siglo XX.

Este proceso evolutivo del aparato, y el gran avance de su tecnología, nos ha llevado a concluir que la etimología, disciplina de la filología que estudia el significado de las palabras a partir de su origen, es la ciencia que puede ofrecer una definición perdurable del concepto de teléfono.

Entonces, etimológicamente hablando, la palabra teléfono viene de los vocablos griegos *teele*, que significa lejos, y *phoneein*, que quiere decir hablar; por lo que “teléfono” se define como un aparato apto para transmitir el habla a distancia⁸⁴.

Pero no es simplemente el habla lo que se interviene, sino la conversación oral, que es una modalidad de comunicación verbal que se caracteriza por la inmediatez en el tiempo y en el espacio, de tal forma que el hablante puede percibir la reacción del oyente y modificar su discurso conforme a esa comprensión y, al mismo tiempo, el oyente puede guiar al hablante en la estructuración y producción de su discurso⁸⁵.

Por último, es de aclarar que la doctrina incluye dentro del término “distancia” cualquier clase de separación o barrera que haga indispensable el uso del aparato telefónico. MARTÍN MORALES⁸⁶ indica que no se demanda un gran trecho entre los intervinientes, sino que basta con que haya discontinuidad en términos de intimidad y que, por esta razón, a su juicio las escuchas de las conversaciones de los presos, cuando éstos se encuentren aislados de su visitante por una barrera — y por ello sólo pueden conversar a través de un aparato telefónico—, son intervenciones telefónicas y no escuchas directas.

2.4.2. Posición de la jurisprudencia española respecto del concepto del teléfono

Retomando la definición etimológica del teléfono, éste transmite las conversaciones de personas que se encuentran separadas o a distancia, imitando la forma en que se realizaría esa conversación si se efectuara en directo. Y este es

⁸⁴ CORPIO PÉREZ, Fernando, *Diccionario epistemológico general de la lengua castellana*, Barcelona, 3.^a ed., Editorial Bruquera S.A., 1984, p. 457.

⁸⁵ ÁLVAREZ, Graciela E., *La oralidad y su importancia en el Derecho*, Panamá, Instituto de Estudios Políticos Internacionales, 2008, p. 18.

⁸⁶ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., pp. 51 y 52.

su atributo, sin importar la técnica utilizada para efectuar dicha transmisión, o la sofisticación del diseño del aparato el avanzar del tiempo.

La definición etimológica resulta acorde con la posición reiterada de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo, que han sido enfáticos en proteger la comunicación privada del habla entre dos personas que se encuentran separadas, sin excluir el medio técnico que se emplee para ello.

Este fue el supuesto de hecho de la STC 34/1996, que señaló que la intervención ilícita de las comunicaciones realizadas a través de teléfono inalámbrico también estaba tipificada en el art. 497 CP⁸⁷, y explicó que aunque la telefonía inalámbrica apareció con posterioridad a la norma anteriormente citada, la inclusión de este tipo de aparatos dentro de su supuesto de hecho no vulneraba el principio de legalidad⁸⁸.

El Tribunal Supremo, en la STS 1224/1999⁸⁹, reafirmó posteriormente esta posición en un caso de escuchas en un operativo en materia de tráfico de drogas que había llevado a cabo de manera libre la Policía con un radar, el cual había tenido acceso a una comunicación que se producía a través de telefonía móvil. En dicha ocasión, el Tribunal señaló que las comunicaciones a través de este tipo de teléfonos se suponían privadas, y también gozaban de la protección a su secreto ya que la tecnología que había utilizado la Policía para intervenir el teléfono no era un factor que eximiera de solicitar la autorización judicial previa⁹⁰.

⁸⁷ Norma vigente para la época que castigaba las escuchas ilegales en el Código de 1973.

⁸⁸ STC 34/1996, de 11 de marzo, Ponente Sr. Rafael de Mendizábal Allende: “El teléfono inalámbrico de estas características es eso, un teléfono, aunque el sonido no se transmita por cable (...) los tipos penales introducidos por la reforma antes mentada (la Ley Orgánica 7/1984), entre ellos el art. 497 bis en estudio, castigan no sólo la interceptación de las comunicaciones telefónicas, sino también la utilización de «instrumentos técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido», hecho típico éste (que) ya no se limita a la telefonía, sino que afecta a la captación de cualquier comunicación oral privada (...), aunque es indudable que en el caso enjuiciado se trata de comunicaciones telefónicas, aunque hipotéticamente se entendiera lo contrario sería aplicable el tipo en su segunda modalidad, relativa a la interceptación de comunicaciones de cualquier orden (fundamento jurídico 4. de la Sentencia de la Audiencia Provincial)”. Nótese que la STC hace alusión al Código Penal de 1973.

⁸⁹ STS 1224/1999, de 8 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

⁹⁰ STS 1224/1999, de 8 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín: “Las comunicaciones telefónicas son especialmente sensibles para el debido desarrollo del derecho a la intimidad, en

Llama la atención que en contra de esta posición jurisprudencial, la Agencia Española de Protección de Datos⁹¹ ha indicado que la transmisión de voz del sistema VoIP o telefonía IP no goza de protección del secreto de las comunicaciones por cuanto no podía considerarse, aún, un aparato telefónico⁹².

La recomendación contradice la jurisprudencia⁹³ al desconocer que independientemente de la tecnología empleada, el sistema VoIP transmite las conversaciones de personas aisladas, por lo que consideramos que el aparato al cual se incorpora el VoIP —que puede ser incluso un ordenador— actúa como teléfono y que, por tanto, no es posible acceder a las comunicaciones que se transmiten por este medio, salvo que se ejerza control parental o laboral, se tenga autorización de los interlocutores o del juez competente.

Otra cosa sería si se tratase de un servicio VoIP del cual se conociera públicamente que utiliza un canal de internet abierto⁹⁴, supuesto en el cual por esta falta de privacidad en el canal de transmisión será la razón por la cual podría darse la captación de tales comunicaciones sin cometerse el delito del art. 197.1 CP. Al utilizar la red abierta, habría una autorización tácita del titular a compartir la privacidad de sus comunicaciones, por lo que la conducta sería atípica; pero

cuanto que, a su través y por los diferentes medios que permiten los avances tecnológicos del momento, se intercambian, mensajes de contenidos estrictamente personales y de marcado carácter intimista. El ámbito de protección de este medio de comunicación, no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No solo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas, se encuentran bajo la tutela judicial. La utilización de artificios técnicos de escucha que permitan acceder al contenido de las conversaciones mantenidas a través de las actuales técnicas de telefonía, debe contar con la preceptiva autorización judicial, que sólo podrá otorgarse en el curso de una investigación, de cuyo resultado se derivan unas actuaciones encaminadas a plasmarse en un determinado tipo de procedimiento penal, en el que el legislador ha previsto las formalidades y requisitos que deben observarse para su validez”.

⁹¹ <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/index-ides-idphp.php>

⁹² Agencia Española de Protección de Datos: “Recomendaciones a Usuarios de Internet”, p. 31 (http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_recomendaciones_internet_052009.pdf).

⁹³ Posición que se conserva en la STC 70/2002, de 3 de abril; así como el Tribunal Supremo en la Sentencia 855/2013, de 11 de noviembre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

⁹⁴ Sistemas de redes sociales donde se utilice transmisión del habla tipo chat o redes de transmisión pública.

según ha venido indicando la jurisprudencia, no puede argumentarse que se puede acceder a estas conversaciones simplemente porque no son telefónicas y que, a consecuencia de ello, se hallan excluidas de la protección que gozan las conversaciones telefónicas, como aparece en la posición esgrimida por la Agencia Española de Protección de Datos.

2.4.3. La consecuente exclusión de las comunicaciones orales directas

Mientras que la intervención de las comunicaciones realizadas a través del teléfono móvil sí es una intervención de comunicaciones, a pesar de que no se cuenta con el cable al cual se pueda acceder mecánicamente, la interceptación de las comunicaciones orales directas no se relacionan con las escuchas telefónicas, a pesar de que el tema suele surgir de la mano de éstas.

Al ser las intervenciones telefónicas una injerencia de conversaciones orales que se transmiten a la distancia por un aparato que cumple esta finalidad, no pueden clasificarse como tales la captación de una conversación de terceros por percepción auditiva directa, aun cuando se trate de manifestaciones de alguien que este hablado por teléfono; en otras palabras, no es lo mismo escuchar conversaciones telefónicas de terceros que escuchar a un tercero hablando por teléfono.

Esta fue la posición del Tribunal Supremo⁹⁵ dentro de un caso donde la Policía pudo percibir lo que expresaba telefónicamente una persona investigada por robo, que llamó a su copartícipe no vinculado a la investigación en su presencia.

En todo caso, cuando la Policía Judicial acceda al contenido de la comunicación directa instalando aparatos de escucha y grabación en un recinto público —o dentro de uno privado—, ciertamente se está frente a una verdadera intervención en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, pero no de aquellas que se producen por teléfono, por lo que en estos casos no se están realizando intervenciones telefónicas.

Aunque existan artificios técnicos de captación, sintonización o desvío y percepción de la señal telefónica, que es un requisito de las intervenciones telefónicas conforme lo señala la STC 123/2002⁹⁶, se están interfiriendo conversaciones privadas orales directas, de forma sigilosa, sin que los

⁹⁵ STS 1017/2001 de 9 de Junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

⁹⁶ STC 123/2002, de 20 de mayo.

interlocutores hayan previsto tal injerencia, por lo que, en este evento, sí se está afectando al secreto de las comunicaciones.

El hecho que las conversaciones directas privadas carezcan de la condición de intervenciones telefónicas no significa que carezcan de la garantía prevista en el art. 18.3 CE; por tanto, su escucha deberá estar precedida por una autorización judicial. Sin embargo, para estas intervenciones de comunicaciones orales directas existía un vacío legislativo, ya que, con anterioridad a la LO 13/2015, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no las regulaba de manera específica, y como sucede ante una carencia de ley, se dieron dos interpretaciones legales opuestas: la primera de ellas consideró que no había vacío legal y que, por el contrario, esa posibilidad de realizar dicho tipo de intervenciones sí estaba prevista del derogado art. 579 LECR; mientras que la segunda, advertía que no existía una legislación propia que permitiera realizar esta medida.

Las razones de los unos y de los otros las exponemos agrupadas a continuación.

2.4.3.1. Tesis sobre la existencia de una regulación de las intervenciones de comunicaciones orales directas antes de la aprobación de la LO 13/2015

Esta posición la comparten, entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, RAFOLS LLACH y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, y se encuentra en la STS 173/1998⁹⁷.

En términos generales, se sostiene que la garantía de protección al secreto de las comunicaciones del art. 18. CE es genérica, a partir de lo cual se resalta que el art. 197.1 CP castiga la intervención clandestina de cualquier tipo de comunicaciones, lo que incluye las comunicaciones orales directas, de ahí que el art. 7.2 LO 1/1982 indique que la utilización de aparatos de escucha para acceder a la vida íntima de las personas constituye una intromisión ilegítima.

Los partidarios de esta idea sostienen igualmente la importancia que tienen las escuchas directas en la investigación penal como medio para hacer efectivo el ius puniendi. Sin embargo, el verdadero asunto del debate que ha ocupado este tema no se refiere a si este tipo de escuchas están protegidas por la Constitución, o si son útiles, pues de ello no hay duda.

El punto realmente a considerar es si se considera que la reglamentación del derogado art. 579 LECR, que ciertamente sí se refería a las intervenciones

⁹⁷ STS 173/1998, de 10 febrero, Ponente Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

telefónicas, cubría también a este tipo de actividades de la investigación criminal, o si les urgía una reglamentación propia y expresa.

En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁹⁸ señaló que el art. 579 LECR sí incluía la limitación de esta clase de escuchas el numeral 3 del precepto, lo que no sucedía en el apartado 2. A su criterio, mientras que en el apartado 2 del derogado art. 579 LECR se circunscribía taxativamente a la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, en el apartado 3 no solo se ampliaban los medios de comunicación a intervenir, enunciándose otros dos medios más —el postal y el telegráfico—, sino que, además, la medida se extendía a otros medios cuando se permitía intervenir comunicaciones de las que se sirvieran para fines delictivos, que de acuerdo a los seguidores de esta posición incluían las que se realizaran de manera directa.

RAFOLS LLACH⁹⁹ consideró igualmente que las conversaciones de las que se servían para realizar delitos eran de dos clases: las que adelantaban terceras personas de las que se valía el imputado para cometer sus delitos¹⁰⁰ y las que se realizaban directamente, es decir, sin que mediaran la correspondencia postal, los teléfonos ni los telégrafos.

Esta fue también la posición del GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO¹⁰¹, para quien sostener la tesis contraria obstaculizaba la investigación penal, grave e injustificadamente; aunque, en todo caso, sugirió que dadas las deficiencias generales que tenía la redacción art. 579 LECR, debía cuidarse que estas interferencias de las comunicaciones directas se realizaran de la forma más racional posible.

2.4.3.2. Tesis sobre la inexistencia de regulación de las intervenciones de comunicaciones orales directas en el anterior art. 579 LECR

Esta ha sido la posición de NOYA FERREIRO y de RIVES SEVA, y fue la que siempre se tuvo en cuenta al redactar los proyectos modificatorios de la LECR, que

⁹⁸ LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...*, *cit.*, p. 183.

⁹⁹ RAFOLS LLACH, Juan, "Autorización judicial...", *cit.*, p. 568.

¹⁰⁰ Las terceras personas son mencionadas por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...*, *cit.*, p. 12, y por MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, *cit.*, p. 65, quien indica que estas personas deben estar señaladas en la resolución habilitante.

¹⁰¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y...*, *cit.*, p. 182.

incluyeron a las comunicaciones directas dentro de un aparte diferente al de las interceptaciones telefónicas.

Lo primero que considera esta tesis es que no es posible realizar una aplicación analógica entre normas procesales penales, sobre todo cuando estas consagran restricciones a derechos fundamentales, como finalmente quedaron consagradas en la LECR.

De otra parte, los autores indican que si el art. 579 LECR presentaba tantos vacíos en la regulación de intervenciones telefónicas¹⁰², al punto de haberle generado sanciones a España sanciones del TEDH, menos podría utilizarse para regular las escuchas directas, actuación que no se mencionaban de manera expresa en esa norma, e incluso, aun si el art. 579 LECR sí hubiera mencionado expresamente, dados los vacíos que presentaba, tampoco se hubieran cumplido los requisitos señalados por el TEDH para limitar este tipo de comunicaciones privadas.

Por último, conforme lo indica NOYA FERREIRO¹⁰³, la falta de consenso en la doctrina sobre si las escuchas directas estaban reguladas o no en el apartado 3 del derogado art. 579 LECR era un signo manifiesto de la inexistencia de dicha regulación: ésta debía ser clara y asequible, y aquí ni siquiera estaba definido algo tan básico como el si estaban o no incluidas.

2.4.3.3. Tratamiento de las intervenciones orales directas antes de la expedición de la LO 13/2015

Entre las dos posiciones sobre la viabilidad de llevar a cabo intervenciones orales directas se acogió la que indicaba que urgía su reglamentación. Por esta

¹⁰² Así lo ha indicado la jurisprudencia, comenzando por la del CEDH, seguida por los Tribunales Constitucional y Supremo, posición en la cual hay consenso en la doctrina. Cuando se analizó la STEDH Valenzuela Contreras contra el Reino de España, de 30 de julio de 1998, el TEDH no se limitó a fallar a favor del demandante, porque en 1985 se le habían intervenido sus comunicaciones telefónicas sin otra reglamentación que el art. 18.3 CE, cuando al margen del texto constitucional, era necesario contar con una norma que desarrollara ese derecho, y sus limitaciones, de manera precisa y clara; años más tarde, los mismos vacíos, conllevaron a que el mismo Tribunal profiriera otra sentencia en contra del España, en el caso Prado Burgallo de 2003.

¹⁰³ NOYA FERREIRO, María Lourdes, *La intervención de comunicaciones...*, cit., p.129.

razón, la actual LECR las regula en los Capítulos IV y VI del Título VIII del Libro II, de manera independiente a las intervenciones telefónicas.

Sin embargo, antes de aprobarse este cambio normativo, se consideró viable intervenir este tipo de comunicaciones, siguiendo los derroteros del anterior art. 579 LECR.

La STS 513/2010¹⁰⁴ consideró que como esta facultad y regulación se encontraba expresamente en el art. 51.5 LGP, que disponen que las comunicaciones orales y escritas de quienes están privados de la libertad —exceptuando aquellas que se produzcan con el defensor— pueden ser suspendidas o intervenidas por el director del establecimiento, siempre y cuando medie una orden motivada y se de cuenta de la medida al juez de vigilancia penitenciaria.

Siguiendo esta argumentación, esta sentencia consideró que si el Director de un centro penitenciario podía intervenir las comunicaciones directas para preservar la seguridad del lugar, con mayor razón un Juez de Instrucción podía proceder a dicha medida cuando buscaba combatir delitos.

En la parte general de la Circular 1/2013, de la Fiscalía General del Estado, sobre intervenciones telefónicas se advirtió que existía un vacío en esta materia, pero no se interpretó dicha ausencia normativa como una prohibición y, por el contrario, se direccionó a los fiscales para que cuando este tipo de intervenciones se llevaran a cabo en delitos graves, se contara con una autorización del Juez de Instrucción, la cual habría de proferirse mediante un auto motivado, previo examen de proporcionalidad.

Por último, la STC 145/2014¹⁰⁵, al resolver un recurso de amparo donde tomando por analogía lo dispuesto para el Director de la Cárcel se tuvieron como válidas las grabaciones hechas en el calabozo de la Policía, señaló que ni el derogado art. 579.2 LECR ni las normas penitenciarias autorizaban a la Policía a intervenir las conversaciones directas privadas que se realizaran en sus instalaciones.

¹⁰⁴ STS 513/2010, de 2 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. En el mismo sentido *vid.* la STS 173/1998, de 10 febrero, Ponente Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

¹⁰⁵ STC 145/2014, de 22 de septiembre.

2.4.3.4. Tratamiento de las intervenciones de comunicaciones orales directas en la LO 13/2015

Afortunadamente, esta Ley Orgánica ha incluido, ahora de manera expresa, la posibilidad de intervenir conversaciones privadas directas por medios de grabación electrónica de sonido, en un capítulo aparte al de las escuchas telefónicas.

Proceden durante encuentros concretos del investigado con otras personas, que hayan sido previstos mediante indicios manifiestos dentro de la investigación, y sólo proceden en las investigaciones por delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos dentro de una organización o grupo criminal y delitos de terrorismo.

Estas escuchas proceden por autorización judicial, proferida en auto motivado y de acuerdo a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En el caso de que el lugar a vigilar sea privado, el auto judicial tendrá que autorizar el ingreso al mismo.

2.4.4. La exclusión de los mensajes de texto (SMS) y orales que se transmiten a través del teléfono

La tecnología telefónica utiliza redes satelitales de interconexión para tener conversaciones, y los teléfonos actuales funcionan como ordenadores de bolsillo y, como tales, son capaces de enviar correos electrónicos y mensajes instantáneos escritos o de voz para ser respondidos de manera inmediata o posterior. De esta manera, mediante un mismo aparato pueden transmitirse varias formas de comunicación.

La conversación oral se diferencia de la mensajería de voz en que los mensajes, así sean de voz, quedan almacenados para ser respondidos posteriormente, sin que la comunicación finalice por esa espera. En cambio, en una conversación oral las partes tienen que actuar coordinada y simultáneamente pues, de lo contrario, no habría comunicación.

Aunque la STS 300/2015¹⁰⁶ hace alusión a un intercambio de mensajes de texto a través de una página de internet, y señala esa comunicación como “conversación” o “diálogo”, este tipo de comunicaciones no son conversaciones telefónicas y, por

¹⁰⁶ STS 300/2015, de 19 de mayo, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

ende, objeto de las intervenciones telefónicas, sino que consisten en intercambio de escritos, o como lo señaló RODRÍGUEZ LAINZ¹⁰⁷, en una comunicación bidireccional mediante un sistema de mensajería instantánea.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, por conversación se entiende “1. acción y efecto de hablar familiarmente una o varias personas con otra u otras; 2. concurrencia o compañía”¹⁰⁸. Esto significa que para que haya una conversación, no basta que alguien transmita un mensaje —así sea de voz—, sino que también debe existir una dinámica personal de interacción con su interlocutor o interlocutores.

Cuando los mensajes instantáneos que se transmiten y reciben de manera inmediata, en lugar de actuar como recados que se envían en espera de posterior lectura, el hecho de que las partes quieran responderse sus mensajes rápidamente, no altera el hecho de que están enviando y recibiendo mensajes que se almacenan y que si lo quisieran los podrían responder posteriormente.

La posibilidad de darles una respuesta tardía a estos mensajes excluye que este tipo de comunicación sea considerada como una conversación: constituyen comunicaciones telemáticas¹⁰⁹, de las cuales se ocupa actualmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque, en todo caso, constituyen comunicaciones que gozan de la protección del art. 18.3 CE.

El derogado art. 579 LECR no regulaba las comunicaciones telemáticas.

La Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado¹¹⁰ trató el tema del acceso a los mensajes de texto del teléfono —o SMS— como correspondencia, y para ello se remitió a la STS 1235/2002¹¹¹.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.a 300/2015, de 19 de mayo)”, *Diario La Ley*, n.º 4367/2015, p. 3.

¹⁰⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=conversaci%C3%B3n>

¹⁰⁹ La Real Academia Española Española de la Lengua define “telemático” como la aplicación de las técnicas de la telecomunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada (<http://lema.rae.es/drae/?val=telem%C3%A1tica>).

¹¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 29. En la misma se solicita a los Fiscales que procuren que cualquier lectura de un mensaje de texto cuente con autorización judicial, aunque la comunicación haya finalizado.

¹¹¹ STS 1235/2002, de 27 de julio, Ponente Sr. Diego Ramos Gancedo.

Los hechos en que se basa esta sentencia se refieren a la lectura que, sin contar con autorización previa, hizo la Policía Judicial de un mensaje de texto ya conocido por el investigado, que estaba en un terminal móvil incautado, por lo que se alegó que había existido una violación al derecho del secreto de las comunicaciones.

Para decidir este asunto, el Tribunal Supremo se basó en lo indicado en la STC 70/2002, donde el Tribunal Constitucional había estudiado si la lectura de una carta sin sobre, que estaba dentro de una agenda incautada, sin que mediara una autorización judicial previa, se había tratado de una injerencia en el secreto de las comunicaciones o en la intimidad del investigado.

En dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional resolvió que al haber estado abierta la carta al momento de ser leída por la Policía había sido leída por su destinatario, finalizándose así la comunicación, por lo que no se había conculcado el derecho a su secreto, sino al de la intimidad de sus partícipes.

Teniendo en cuenta este precedente, el Tribunal Supremo consideró lo siguiente, en el caso de los mensajes de texto:

- que el mensaje de texto equivalía a una correspondencia, esto porque hizo alusión a una sentencia que trataba el tema de la intervención de correspondencia y no a una que se ocupara de escuchas telefónicas;

- que la comunicación entre el emisor del mensaje y el receptor del mismo había finalizado, ya que el destinatario del mismo lo conocía antes de la incautación del móvil y lectura del mensaje por parte de la Policía, por lo que no se podía alegar violación al art. 18.3 CE; y

- que la Policía había dado lectura al mensaje del móvil dentro del desarrollo de una diligencia de entrada y registro domiciliario, la cual sí había sido autorizada previamente por el Juez. Por lo tanto, la lectura del mensaje de texto se encontraba cubierta bajo ese mismo permiso y, además, la actuación había sido razonable y proporcionada, atendidas las circunstancias.

El tratamiento de las intervenciones telemáticas introducido por la LO 13/2015 se realiza en el mismo Capítulo V del Título VIII del Libro II que regula las intervenciones telefónicas. Tal como se plantea aquí, en la Exposición de Motivos de la Ley se reconoce que las intervenciones telefónicas y las telemáticas son dos actividades investigativas diferentes; pero por sus puntos en común y de uso simultáneo por el tenedor del teléfono se tratan dentro del mismo Capítulo por cuestiones prácticas.

El Preámbulo de la LO 13/1995 señala que el Juez debe determinar, en cada caso, si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas resulta insuficiente y si la investigación también exige que se intercepten los SMS, MMS o cualquier otra forma de comunicación telemática de carácter bidireccional. En otras palabras, el Juez puede ordenar estas interceptaciones telefónica y telemática, dentro del mismo auto, pero tratando cada limitación que del derecho al secreto de las comunicaciones de manera independiente y de esta misma forma, valorar sus resultados.

2.5. Las intervenciones telefónicas reguladas en la legislación procesal penal y con destino al enjuiciamiento penal

Tal como se ha desarrollado esta investigación, las intervenciones de comunicaciones telefónicas que aquí nos ocupan, pertenecen al Derecho Procesal penal ya que no solo son un medio de investigación criminal, sino que están destinadas a formar parte del acervo probatorio del juicio penal.

Esta circunstancia les imprime las características fundamentales del Derecho Procesal en general, y del Derecho Procesal penal en especial.

Hasta el siglo XIX, el Derecho Procesal fue considerado una rama jurídica secundaria y puramente accesoria al correspondiente Derecho material. Pero a partir del llamado procesalismo científico, de las escuelas alemana e italiana, el Derecho Procesal comenzó a independizarse del Derecho material, por lo que actualmente se considera un Derecho autónomo, aun cuando siga siendo el medio para que el correspondiente Derecho sustantivo o material pueda hacerse efectivo a través de los litigios y actuaciones judiciales, tal como lo indica Devis Echandía: “El Derecho Procesal constituye hoy, gracias al esfuerzo de los procesalistas modernos, una rama propia e independiente del Derecho, no un acápite del civil o penal, dotada de sus propios principios fundamentales, con un rico contenido doctrinario. De sus normas, emanan verdaderos derechos y obligaciones de naturaleza especial”¹¹².

MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR, diferencian la forma del formalismo: mientras que la primera implica una garantía, la segunda proporciona

¹¹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de derecho procesal: teoría general del proceso*, Medellín, Dike, 1987, p. 4.

inseguridad¹¹³; en el mismo sentido CLARIÁ OLMEDO¹¹⁴ señala que las acciones dinámicas que se presentan dentro de un proceso están dotadas de una finalidad superior de las que emanan verdaderos derechos y obligaciones y van mucho más allá de la práctica forense, que consiste en la simple ritualidad que se adelanta en los procesos, no obstante se inspira en las normas procesales y sus acciones son válidas siempre y cuando sean acordes con los principios del derecho procesal.

La errónea concepción del Derecho Procesal como práctica forense surgió durante los siglos XVI a XVIII, cuando la formación de los abogados en las universidades españolas se limitaba al derecho romano, dejándose de lado las leyes patrias, las cuales se aprendían de manera práctica y se ejercía ante los tribunales, es decir, en el foro; posteriormente, en la primera mitad del siglo XIX, esta enseñanza ingresó a las universidades y se aprendía como un simple procedimentalismo, es decir a la descripción exegética de formas legales del proceso, sin un contenido material propio, hasta que finalmente, se llegó al Derecho Procesal, que estudia al proceso como una relación jurídica¹¹⁵.

Es así como, BÜLOW¹¹⁶ indicó que el proceso era una relación jurídica que avanzaba gradualmente conforme se iba desarrollando, a contrario de lo que sucedía con el asunto materia de debate, que ya se encontraba totalmente concluido.

El Derecho Procesal está enmarcado dentro de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, lo que significa que sus normas no pueden contener una formalidad arbitraria, simplemente ceremonial, sino que deben estar dirigidas a garantizar los principios de equidad, justicia, publicidad, el derecho de defensa, celeridad procesal, presunción de inocencia, lealtad procesal, y va de la

¹¹³ BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, Valencia, 21.ª ed., Tirant lo Blanch, 2013, versión kindle, posición 5334/6505.

¹¹⁴ CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal. Tomo I. Conceptos fundamentales*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 11.

¹¹⁵ BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I, . . . , cit.*, posiciones 83, 126, 146, 215 y 236/6505.

¹¹⁶ BÜLOW, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 10. Y en el mismo sentido *vid.* DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Principios fundamentales del derecho procesal*, Bogotá, Universidad Javeriana – Ibáñez, 2002, p. 7.

mano con el respeto a la dignidad humana, es decir, las normas procesales deben estar conformes a lo dispuesto en los arts. 6 CEDH y 24 CE.

Para que estos derechos sean efectivos, los actos procesales deben configurarse conforme a un sistema de legalidad de las formas procesales según el cual, los actos que conducen al pronunciamiento judicial deben realizarse de la forma en que lo dispone la ley¹¹⁷. Así lo consagra el art. 1 LECR. Esta sujeción a la legalidad también hace parte del “derecho al debido proceso”, que se entrelaza con la acción y la potestad jurisdiccional¹¹⁸.

Según indica CUEVA CARRIÓN¹¹⁹, el derecho del debido proceso consiste en un sistema de garantías y de normas jurídicas de carácter sustancial y grado constitucional, que señala cuál es la actuación correcta del funcionario y le fija los límites dentro de los cuales debe actuar para impartir justicia imparcial, efectiva y oportuna, dentro de los más estrictos principios axiológicos y de justicia.

Por lo anterior, agrega el autor, se trata de un derecho que no se ha establecido a favor del Estado sino de los sujetos que lo conforman, ya que actúa como un escudo protector en la defensa de sus derechos, obligando al juzgador a actuar de manera justa, yendo más allá de la simple apariencia legal y trasladándose a la esencia jurídica, pues según, sus palabras, “debido proceso y esencialidad jurídica son la misma cosa”¹²⁰.

Esto significa que cada acto y etapa procesal tiene un fin esencial específico; por lo que se hace necesario descubrir cuál es el verdadero sentido de cada una de sus formas en lugar de ritualizarlas. Esto es lo que permite que cuando se presente alguna irregularidad se pueda determinar si esta es subsanable, si acarrea una sanción y, en este último caso, de qué clase de sanción se trataría.

Para finalizar y teniendo en cuenta que el Derecho Procesal está comprometido con los fines y valores a favor de la sociedad, se puede deducir que cualquier asunto

¹¹⁷ BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., posición 5317/6505.

¹¹⁸ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “Publicidad y derecho al debido proceso”. En: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi dir., Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, p. 160.

¹¹⁹ CUEVA CARRIÓN, Luis, *El debido proceso*, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2.^a ed., versión kindle, 2014, capítulo 1.

¹²⁰ CUEVA CARRIÓN, Luis, *El debido...* cit., Posición 1485/6803.

que le es propio y que se ha desarrollado de conformidad con las normas procesales respectivas no puede considerarse violatorio de los derechos fundamentales de libertad del individuo¹²¹, sino limitantes de estos¹²².

En este orden de ideas, las intervenciones telefónicas, realizadas de conformidad con las normas del Derecho Procesal penal, limitan el derecho al secreto de las comunicaciones pero no son violatorias de este derecho fundamental; hecho que, por lo demás, es acorde a que sus resultados puedan conducir al castigo del culpable o a la absolución del inocente, y es por esta razón que a través del Derecho Procesal se reivindica el papel del Estado como un tercero imparcial ante las partes.

En cambio, la intervención telefónica será violatoria del derecho fundamental cuando se vulneren las normas procesales.

Cohonestando con lo anterior, no hay duda de que el Derecho Procesal es una rama del Derecho independiente, dotada de herramientas propias para hacer efectivos derechos fundamentales de índole constitucional que son propios a su naturaleza. Por lo tanto, sus fuentes difieren de las del Derecho sustantivo o material, según se indica a continuación.

2.5.1. Fuentes del Derecho Procesal penal

BANACLOCHE PALAO y ZARZALEJOS NIETO¹²³ señalan que las fuentes del Derecho Procesal penal son: la Constitución, la Ley, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo, que en ocasiones suplen el déficit legislativo, como ocurre con las intervenciones telefónicas.

¹²¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 164.

¹²² Las intervenciones telefónicas pueden violentar derechos fundamentales cuando se realicen fuera de su marco normativo y en tal caso, se estará frente a la comisión de delitos, tema que será tratado en otro capítulo de la investigación.

¹²³ BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús, *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, La Ley, versión Kindle, 2010. Posición 217/6187.

MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILAR¹²⁴ señalan que lo fijado en el art. 1 CC, respecto de las fuentes del derecho, no pueden aplicarse al Derecho Procesal y ni siquiera al derecho penal; en este orden de ideas, no puede considerarse a la costumbre —ni a los usos forenses— como fuente de Derecho Procesal, por su carácter relativo y porque con ello se vulneraría el principio de legalidad¹²⁵; además, en ciertas ocasiones, la costumbre es incorrecta¹²⁶.

Así las cosas, la ley es la fuente principal del Derecho Procesal, incluyéndose dentro del término “ley” a la Constitución, la Ley¹²⁷ a los tratados internacionales, que conforme indica el art. 96 CE, una vez publicados oficialmente forman parte del ordenamiento interno.

Junto a la ley, como fuente principal de Derecho Procesal —y, como se verá a continuación, la única fuente para algunos autores— se encuentran la jurisprudencia, los principios generales y la doctrina, como fuentes secundarias.

Con relación a la jurisprudencia, existe una discusión sobre la función del precedente judicial como fuente de derecho, en los sistemas de civil law; HURREALDE SESMA¹²⁸ señala que no hay duda que este constituye una fuente formal de derecho en los sistemas de common law mientras que, en los sistemas de civil law, tradicionalmente se ha considerado que es apenas un recurso complementario, un medio de interpretación; ya que de ser fuente de derecho, se vulneraría la división que existe entre los poderes público —de hecho, el art. 1 CC no la menciona dentro de las fuentes del Derecho español—. Sin embargo, la autora señala que sin duda alguna, existen casos en los cuales la actividad judicial de los tribunales sí crea

¹²⁴ BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., Posición 6339/6505.

¹²⁵ BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., Posición 6415/6505.

¹²⁶ QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio, *Teoría General del Derecho Procesal*, Bogotá, 4.ª ed., Temis, 2008, pp. 95 y 96.

¹²⁷ La Constitución señala una reserva de ley e materia procesal, aunque de acuerdo al art. 82.2 CE se permiten los decretos legislativos procesales y también cabe el decreto-ley. En todo caso, estas normas están supeditadas a la respectiva ley habilitante.

¹²⁸ HURREALDE SESMA, María Victoria, “Precedente judicial”. En: *Eunomia: revista en cultura de la legalidad*, No. 4, 2012, p. 196. En el mismo sentido, *vid.* QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio, *Teoría General...*, cit., p. 98.

derecho, por lo que en esos casos, el precedente judicial¹²⁹ sí se ha convertido en fuente formal de derecho.

En todo caso, aunque el precedente judicial pudiera tener la potestad de constituir una fuente de derecho, este hecho no convertiría a cualquier jurisprudencia en una norma infranqueable que deba aplicarse automáticamente a todos los supuestos. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ¹³⁰ señala que para que un precedente judicial que se haga obligatorio debe contar con dos elementos fundamentales: tiene que tratarse de una línea jurisprudencial mantenida por largo tiempo, en un proceso de decantación histórica, descartándose así pronunciamientos aislados y minoritarios y debe alcanzar una relevancia normativa general; es decir, se trata de casos dotados de generalidad, continuidad y firmeza.

De ahí, la importancia de analizar en cada decisión, cuál fue su presupuesto de hecho, el que le sirvió de base, porque es este el que enmarca la razón de su decisión, para así poder determinar si se encuadra dentro de una línea jurisprudencial. En este orden de ideas, se observa que al cambiar el supuesto de hecho, puede el órgano judicial apartarse del precedente y proferir una decisión diferente, sin que esto signifique que se haya abandonado el precedente horizontal o el vertical. Es por esta razón que en este trabajo hayamos reseñado cuál fue el supuesto de hecho que dio lugar a la decisión del respectivo Tribunal.

Esta discusión, sobre la función de la costumbre como fuente de derecho, se hace más intensa cuando lo que se plantea es que sí la jurisprudencia puede ser fuente de Derecho Procesal.

MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILLAR¹³¹ reconocen que existen normas constitucionales y legales que otorgan valor jurídico a la jurisprudencia. Esto sucede con la jurisprudencia del TEDH, que de acuerdo al CEDH, sus decisiones obligan al Estado parte que está involucrado en el caso en particular y,

¹²⁹ Este precedente judicial puede ser vertical u horizontal. En el primer caso, se impone la decisión de los tribunales superiores a los inferiores, y en el segundo significa que el juez tiene que respetar su propio precedente para establecer así la seguridad jurídica; de esta forma, el abandono del precedente supone una especial carga de argumentación.

¹³⁰ GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa, “La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 4, 2006, p. 149.

¹³¹ BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I...*, *ibidem*, Posición 6396/6505.

con relación a los otros Estados, sientan un criterio orientador sobre la aplicación del respectivo Derecho en sus ordenamientos internos¹³². Los autores reconocen también, que la jurisprudencia ha creado figuras procesales, y podremos observar que esa circunstancia sí sucedió respecto a las escuchas telefónicas, donde fue la jurisprudencia —y no la ley conforme debía haber sido— la que se ocupó de paliar los vacíos del derogado art. 579 LECR, ahora están regulados por la LO 13/2015 de 5 de octubre, que modificó la LECR.

Sin embargo, los autores advierten que estas circunstancias reales, no le confieren a la jurisprudencia la facultad de crear normas jurídicas en sentido estricto, por lo que dicha aparente creación legal aparece como resultado de la labor de interpretar la ley, que sí es la función de la jurisprudencia. Sustentan sus afirmaciones en el hecho que un precedente judicial no puede impugnarse de modo directo ante el Tribunal Constitucional, como sucede con la ley.

Con relación a los principios generales del derecho, aunque como se indicó fueron señalados también como fuentes de derecho procesal, realmente son útiles para auxiliar en la interpretación de la ley procesal, pero no para suplirla¹³³; igual situación ocurre con la doctrina, cuya fuerza radica en el prestigio particular del respectivo autor, pero que en ningún caso, puede reemplazar a la ley.

2.5.2. Características propias del Derecho Procesal penal que inciden en la regulación de las escuchas telefónicas

Ahora bien, al margen de la independencia que tienen las normas del derecho procesal con respecto a las del derecho sustancial penal que acompaña, sus principios son compatibles, por lo que para el Derecho Procesal penal también rige lo dispuesto en el art. 4 CC, que prevé que las leyes penales —excepcionales y de ámbito temporal— deben aplicarse únicamente en los supuestos y en los momentos que se han indicado expresamente. Por consiguiente, lo dispuesto para estas materias no puede aplicarse por analogía en otros asuntos.

¹³² La jurisprudencia del TEDH ha tenido mucha relevancia en el caso de las escuchas telefónicas. Ésta es vinculante para los Estados partes; art. 53 CEDH: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse con las decisiones del Tribunal en litigios en que sean parte”.

¹³³ El art. 1 CC señala a los principios generales del derecho como fuentes del ordenamiento jurídico español; sin embargo, como ya se indicó, no todas estas son fuentes del Derecho Procesal que está estrictamente sometido al principio de legalidad en sus formas.

En este orden de ideas, hay que tener en cuenta que las escuchas telefónicas cumplen con las características mencionadas en el párrafo anterior, ya que son una medida excepcional de la investigación penal, restrictiva de derechos fundamentales. Por lo tanto solo pueden aplicarse para lo que han sido creadas, descartándose su aplicación para otro tipo de diligencias —como es el caso de las escuchas directas—, aun cuando estas tiendan a hacer efectivo el ius puniendi e interfieran con el derecho del secreto de las comunicaciones.

Por lo anterior, la regulación propia de las escuchas telefónicas, sea esta completa o no lo sea, no puede extenderse a otros medios de investigación, así estos examinen un aparato telefónico, comprenda labores de captación de palabras o limiten los derechos de privacidad.

2.5.3. Intervenciones telefónicas lícitas pero al margen de la legislación procesal penal

En el capítulo anterior, han sido tratadas las escuchas telefónicas realizadas como ejercicio propio del control parental y del control empresarial. En ambas circunstancias, tenemos que las escuchas han sido lícitas, aunque no se encuentren reglamentadas en un ordenamiento legal propio, pero sí tienen la fuerza suficiente para constituirse en causales de justificación del delito de revelación de secretos del art. 197.1 CP.

Haciendo una síntesis sobre este tipo de intervenciones telefónicas, podemos señalar:

1) Las escuchas telefónicas del cónyuge no están permitidas, por lo que al realizarlas se comete el delito de descubrimiento y revelación de secretos. Sin embargo, es innegable lo que plantea RODRÍGUEZ LAINZ¹³⁴ sobre la posibilidad de que en el interior de una pareja se conozcan asuntos propios del otro cónyuge, incluyéndose el contenido de sus conversaciones telefónicas cuando este hable en su presencia, caso en el cual consideramos que se trata de la misma situación de cualquier tercero que tiene acceso a conversaciones telefónicas por autorización de uno de sus interlocutores y no se está en presencia de una intervención telefónica.

¹³⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre la dimensión privada y familiar del derecho al secreto de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, n.º 7598, 2011, pp. 10 y 11.

2) Con relación a los menores de edad, aunque se haya derogado la eximente de responsabilidad que se consagraba expresamente en el Código Penal de 1973, para los eventos en que los padres accedían a la correspondencia de sus hijos menores en estricto ejercicio del control parental, este precepto sigue enmarcado dentro de los supuestos del art. 20.7 CP y se extiende al acceso de las comunicaciones que los menores realicen por teléfono. Esta facultad se extiende a tutores y curadores respecto de sus pupilos. Pero, para que esto ocurra, la intervención de los padres en la comunicaciones telefónicas de sus hijos deben ser proporcionales al peligro real, es decir, al que están efectivamente expuestos.

3) Con relación a las intervenciones telefónicas en el ámbito laboral, ya hemos indicado que estas tienen como base el art. 20.3 ET, que señala la potestad del empresario de verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador y la necesidad de proteger a la empresa de pagos de indemnizaciones por perjuicios que causen sus empleados, situaciones ambas que pueden llevar al empleador a conocer las llamadas telefónicas laborales de sus empleados, cuestión que, a su vez, debe ser conocida y aceptada por estos.

Se indicó, igualmente, que habida cuenta la larga permanencia del trabajador en las instalaciones de la empresa, en la práctica éste suele realizar llamadas personales junto con las laborales: las primeras, son ajenas a control, mientras que las segundas son las que pueden ser monitoreadas, motivo por el cual se ha tratado de trazar criterios para delimitar las unas de las otras, con poco éxito.

Dentro de estos criterios para diferenciar las llamadas personales de las laborales, consideramos que el que plantea ROQUETA BUJ¹³⁵ es el más acertado. Este parte de tres circunstancias diferentes:

– La primera de ellas es la que ocurre cuando las empresas restringen el uso del teléfono a las conversaciones de trabajo, de tal manera que pueden monitorear libremente las llamadas y si el trabajador opta por hablar cuestiones personales, está autorizando su escucha.

– La segunda surge cuando la empresa asigna dos teléfonos, uno restringido a lo laboral, sobre el cual se aplican las previsiones del supuesto anterior, y otro para el ámbito privado, sobre el cual la empresa no puede tener acceso.

¹³⁵ ROQUETA BUJ, Remedios, “El Derecho a la Intimidad de los Trabajadores”. En: *Protección Jurídica de la Intimidad*, Javier Boix Reig y Ángeles Jareño Leal coords., Madrid, Iustel, 2012, pp. 422 y ss.

– Y, por último, que es la circunstancia más común, ocurre cuando se entiende que el mismo aparato telefónico o la misma línea tiene ambos usos, laboral y privado, que, según lo anterior, si no se acuerda un mecanismo para diferenciar unas conversaciones de otras, deberán tenerse todas como privadas y fuera del alcance del control empresarial.

Junto con estas formas de escuchas, existen otras que también son lícitas, pero que no están reguladas por el Derecho Procesal penal, ni tienen como destino convertirse en una prueba dentro del proceso penal y son propias de otros conjuntos normativos.

Tal es el caso de lo que ocurre con respecto a las intervenciones telefónicas en las investigaciones de los servicios de inteligencia, en la prisión y en la justicia penal militar.

Aclaremos que aunque estas escuchas y su regulación se hallan fuera del marco del presente estudio y, por lo tanto, bastaría simplemente con enunciarlas sin detalle, se ha realizado una brevísima aproximación a la regulación de cada una de éstas para que obren como marco de referencia respecto de las críticas hechas a la normativa de las escuchas telefónicas de la investigación criminal.

Dentro de este grupo, no se ha incluido la intervención de las comunicaciones realizadas por el Ministro del Interior, o por el Director de Seguridad del Estado en las investigaciones de terrorismo, y ello pese a que en este caso estamos ante una medida que procede el Poder Ejecutivo.

Esto se debe a que tal medida sí está contemplada en la LECR, y con anterioridad a la reforma de la LO 13/2015 el derogado art. 579.4 LECR disponía que procedía dentro de las investigaciones penales por la actuación de bandas armadas, elementos terroristas y grupos rebeldes. Esta disposición ahora la recoge el art. 588 ter d) 3 LECR, que en concordancia con el art. 55 CE excluye los grupos rebeldes.

Habiéndose realizado esa aclaración previa, se procederá a la aproximación de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en las investigaciones de inteligencia, en la prisión y en lo penal militar.

2.5.3.1. La intervención de las comunicaciones telefónicas de los servicios de inteligencia

Los servicios de inteligencia se encargan de mantener la “seguridad nacional”, concepto que es muy amplio y difuso ya que puede comprender asuntos militares, económicos, sociales, políticos... a nivel externo e interno.

Este tipo de funciones las ejercen el CNI y lo que la Ley 11/2002 de 6 de mayo, llama la “Comunidad de Inteligencia”, conformada por:

- Centro de Inteligencia de las Fuerzas Armadas (CIFAS), que se encarga de la dirección y ejecución de la inteligencia operativa de nivel estratégico y de inteligencia militar, que se debe proporcionar la Jefe del Estado Mayor;
- Cuerpos de Seguridad del Estado;
- Cuerpo Nacional de Policía;
- Guardia Civil;
- Centro de Coordinación Nacional Antiterrorista (CNCA); y
- Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO).

Todos estos organismos deben funcionar bajo dos premisas: en primer lugar, el secreto de Estado, ya que su actuar general y sus resultados son reservados; y en segundo lugar, deben estar sometidos a controles que aseguren su legitimidad y sean acordes con esta necesidad reserva.

Las actividades de CNI y del CIFAS no buscan presentar pruebas en un proceso penal, por lo que requieren de una reglamentación diferente a la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por esta razón no son escuchas telefónicas en materia penal. Así, el CNI cuenta con su propia reglamentación para intervenir llamadas telefónicas, tema que se estudiará a continuación.

2.5.3.1.1. Reglamentación de las escuchas telefónicas de los servicios de inteligencia

Las intervenciones telefónicas se regulan en el art. único de la LO 2/2002, de 6 de mayo, expedida con ocasión de la fundación del CNI, que vino a reemplazar al CESID a raíz de los escándalos de 1995 que finalizaron con sanciones penales y cambios institucionales como el cierre de dicha Agencia, ya que el CESID se había alejado de las funciones de defensa de la seguridad y convertido en un espionaje

con finalidades políticas, donde se llegaron a grabar conversaciones de las personas más representativas del país y de sus visitantes.

El actual servicio de inteligencia, en cabeza del Centro Nacional de Inteligencia, se encuentra reglamentado de acuerdo con las Leyes: 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia y LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

De acuerdo a esta reglamentación, se permiten las escuchas, pero para este fin se cuenta con un Juez especial, función que asume un Magistrado del Tribunal Supremo quien dicta la correspondiente autorización, si bien después no ejerce control de la medida¹³⁶.

El Secretario de Estado Director del CNI es el encargado de realizar una solicitud escrita al Magistrado, especificando cuáles son las medidas que se solicitan, los hechos en que apoya esa solicitud, los fines que la motivan y las razones por las cuales se hacen necesarias. Además, debe identificar la persona o personas afectadas, así como el lugar y la duración de las medidas, que en caso de la intervención telefónica será de tres meses prorrogables.

Si la solicitud cumple con los requisitos, el Magistrado debe pronunciarse dentro de las setenta y dos horas siguientes, plazo que puede reducirse a veinticuatro horas cuando es urgente.

Sin embargo, como hemos señalado una ve acordada la medida sus resultados no son controlados por el Magistrado que la ordenó.

Las informaciones obtenidas que no guarden relación con los hechos investigados deberán ser destruidas por parte del Secretario de Estado Director del CNI, y las que guarden relación serán entregadas a los destinatarios de las labores de inteligencia, es decir, al Gobierno.

Como esta Ley no hace alusión a los servicios de inteligencia militar, ya que al único que habilita para elevar una orden al Magistrado es al CNI, el funcionario de inteligencia militar que requiera intervenir comunicaciones deberá dirigirse al CNI para que se la tramite.

¹³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, LARRIBA HINOJO, Beatriz, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, "Derecho"..., *cit.*, posición 7240/9700.

2.5.3.2. La intervención de las comunicaciones telefónicas de los que se encuentran privados de la libertad

El art. 25.2 CE dispone que quien se encuentra cumpliendo una condena gozará de los derechos fundamentales durante su cumplimiento. Es así como tiene derecho a comunicarse con las personas que se encuentran dentro del centro de reclusión y los que están fuera del mismo. Y por esta razón los privados de la libertad pueden sostener comunicaciones telefónicas en caso de urgencia, o con familiares que residan en localidades alejadas y no puedan visitarlo. Para ello, se necesita una autorización del Director del establecimiento en los términos del art. 47 RP.

Ahora bien, no bastaría permitirle la comunicación: esta garantía debe estar acompañada de la privacidad para que el intercambio de ideas fluya de manera espontánea y veraz, y el interno reciba un trato digno que le ayude a reinsertarse en la sociedad —finalidad del *ius puniendi*— y desarrollar integralmente su personalidad.

La privacidad también es fundamental para ejercer su derecho a la defensa, porque si quienes se encargan de la investigación o de la acusación llegasen a conocer de antemano la estrategia defensiva, se rompería la igualdad de armas, que es la base del procedimiento penal.

Por lo tanto, se requiere que la comunicación del interno con quienes lo puedan asistir en esta labor, abogados que actúen o puedan actuar como defensores, y procuradores, sea secreta, lo que obliga al penal a proveerles de un lugar donde tengan este tipo de comunicación, sin que esto signifique descuidar la seguridad del establecimiento¹³⁷.

¹³⁷ STC 170/1996, de 29 de octubre: “Dado que la lesión denunciada habría sido inferida por la Administración Penitenciaria a un interno, debe tenerse en cuenta que la relación jurídica que surge con motivo del internamiento en un Centro Penitenciario se caracteriza, en lo esencial, del siguiente modo: el recluso adquiere un específico status jurídico del que destaca su sometimiento al poder público ejercido por la Administración Penitenciaria, la cual tiene encomendado, además de la reeducación y reinserción social de los penados, la retención y custodia de los detenidos, presos y penados (art. 1 LOGP.), cuidando de garantizar y velar por la seguridad y buen orden del establecimiento [arts. 18, 26 d), 29.2, 41.1, 43.4, etc. LOGP]; esta relación de sujeción especial ha de ser entendida, como ha destacado este Tribunal (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 6.º; 137/1990, fundamento jurídico 4.º y 57/1994, fundamento jurídico 3.º), en un sentido reductivo

Cuando la comunicación se realiza con letrados que actúan en asuntos diferentes a aquel que le ha privado de la libertad, el art. 48.4 RP prevé que este tipo de reuniones se adelanten conforme lo dispone el art. 41 RP, es decir, dentro de horarios previamente establecidos, llevando registros y otros requisitos principalmente logísticos.

Al margen de estas garantías, que constituyen la regla general, las circunstancias que se derivan de estar privado de la libertad conllevan varios eventos donde se permite restringir las comunicaciones del interno en doble vertiente: bien sea en el derecho a comunicarse o en el derecho a comunicarse en secreto¹³⁸.

La Constitución prevé restricciones que pueden provenir del contenido del fallo condenatorio, del sentido de la pena y de la ley penitenciaria. La necesidad de tales limitaciones ha sido reconocida por el TEDH en el caso *Schönenberg y Durmaz*, de 20 de junio de 1988¹³⁹.

Así las cosas, hemos dividido los tipos de limitaciones dentro del establecimiento carcelario en cuatro grupos: las comunicaciones telefónicas autorizadas por el Director, en las circunstancias planteadas en el Régimen Penitenciario; las establecidas en los arts. 509 a 510 LECR; las que pretenden la seguridad del penal, en cabeza del Director del establecimiento penitenciario, planteadas por la LGP, bien sea la comunicación misma del interno o sobre su carácter de secreto y las relacionadas con asuntos de terrorismo. Pasemos a analizarlas una a una.

compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales; se origina, en suma, un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el interno, cuyo contenido y ejercicio diseña la legislación penitenciaria”.

¹³⁸ SSTC 175/1997, de 27 de octubre, 200/1997, de 24 de noviembre, y 106/2001, de 23 de abril: “En lo que refiere a las limitaciones que pueden experimentar las comunicaciones genéricas, el art. 51.1 de la LGP, además de mencionar los casos de incomunicación judicial, impone que tales comunicaciones se celebren de manera que se respete al máximo la intimidad, pero permite que sean restringidas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen nombre del establecimiento”.

¹³⁹ STEDH *Schönenberg y Durmaz* de 20 de junio de 1988: “La defensa del orden y la prevención de las infracciones penales... puede justificar injerencias más amplias respecto de un detenido que de una persona en libertad”.

2.5.3.2.1. Restricciones propias del régimen penitenciario

La primera de estas restricciones propias del régimen penitenciario, consiste en que es el Director quien determina número y duración de las llamadas que puede realizar. La segunda, que solo se permiten llamadas entrantes de manera excepcional, en casos extremos. Y la tercera, obliga la presencia de un funcionario cuando la comunicación telefónica se realice entre internos de diferentes centros carcelarios, asunto que de acuerdo al Colegio de Abogados de Madrid consiste ya en una verdadera intervención y no una limitación¹⁴⁰.

2.5.3.2.2. Restricciones de la LECR

En este punto, aparecen las limitaciones de los arts. 509 a 510 LECR, que tratan sobre la posibilidad de que el privado de la libertad sea incomunicado de manera excepcional, hasta por 5 días; cuando se trate de delitos del art. 384 bis CP u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse hasta por 5 días más.

La finalidad de la medida es evitar asuntos graves que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de alguna persona, y evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

Esta medida no se puede aplicar a menores de 16 años.

2.5.3.2.3. Restricciones competencia del Director del establecimiento penitenciario

Estas limitaciones planteadas por la Ley General Penitenciaria, bien sea sobre la comunicación misma del interno o bien sobre su carácter secreto.

De acuerdo con el art. 51.5 LOGP, se le permite al Director del penal intervenir las comunicaciones del recluso, dando cuenta al Juez competente y comunicando la decisión al afectado, mediante resolución motivada.

Estas restricciones, como se indicó anteriormente, son excepcionales por cuanto el art. 51 LOGP reafirma el derecho del que se encuentra privado de la libertad a la comunicación externa del penal, con su abogado defensor y su

¹⁴⁰ ALONSO PÉREZ, Francisco, *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, legislación, comentarios, jurisprudencia*, Ministerio del Interior, Madrid, Dykinson, 2001, p. 188.

procurador, e incluso, con profesionales acreditados, asistentes sociales y sacerdotes o ministros de su religión.

Se trata de una labor preventiva que no convierte al Director del penal en funcionario de Policía Judicial, por lo que si durante el curso de esta medida se descubre la comisión de delitos debe darse traslado del hecho a las autoridades competentes —Juez de Instrucción y Policía Judicial— para que se encarguen de ese asunto.

De igual forma, el Director de la cárcel ha de ser muy prudente al momento de tomar estas clase de medidas y tener bases sólidas para considerar que hay peligro para el establecimiento y no simples temores, como sucedió en el caso resuelto en la STC 201/1997¹⁴¹, donde el Tribunal Constitucional no consideró válido restringir el derecho de las comunicaciones de un interno por el solo hecho de comunicarse con su familia en su propia lengua, un idioma que no era comprensible para las autoridades carcelarias¹⁴².

El Tribunal Constitucional también ha añadido, que este tipo de restricción tiene un carácter individualizado y excepcional, por lo que no se trata de una intervención sistemática de conversaciones basándose en criterios peligrosistas, sino que debe ser una respuesta a peligros concretos y puntales que han surgido en contra la seguridad del establecimiento carcelario¹⁴³.

¹⁴¹ STC 201/1997, de 25 de noviembre.

¹⁴² STC 201/1997, de 25 de noviembre. En el supuesto de hecho, un detenido en Zaragoza se comunicaba con su familia por teléfono en euskera, lo que le fue prohibido ya que los funcionarios no entendían dicho idioma. Al respecto dijo la jurisprudencia: “La comunicación familiar no es un derecho absoluto, como no lo son ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos. Su ejercicio puede ser limitado o condicionado (STC 36/1982, 53/1985, 214/1991, 314/1991, 371/1993, 57/1994, 142/1993, entre otras muchas). Sin embargo, cuando la Dirección del Establecimiento Penitenciario estime que su Acuerdo es razonable, ha de hacer explícita, con claridad y precisión, la ponderación de los valores que ha efectuado, a fin de llevar a cabo su decisión restrictiva del derecho fundamental, en este caso, la intimidad familiar del recluso. Y esa resolución ha de cumplir las exigencias que este Tribunal tiene establecidas para la constitucionalidad de tales decisiones, según hemos dicho en el fundamento jurídico 7.º”.

¹⁴³ SSTC 170/1996, de 29 de octubre y 175/1997, de 27 de octubre: “La intervención de las comunicaciones de un recluso debe tener un carácter individualizado y excepcional y ha de constituir una respuesta a peligros concretos que efectivamente puedan incidir negativamente en el buen orden y seguridad del establecimiento, lo que se deriva del propio tenor literal del art.

De acuerdo a la STC 175/1997¹⁴⁴, esta injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) ser acorde con la finalidad para la cual fue creada, es decir, contrarrestar peligros concretos en contra del buen orden y la seguridad del establecimiento;
- b) adoptarse por orden motivada según el riesgo y las circunstancias particulares del interno;
- c) proceder de un previo ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales del interno;
- d) notificarse al interno;
- e) trasladarse al juez de vigilancia penitenciaria y no como una simple notificación de la misma, sino dándole cuentas, de la razón para que el juez ejerza su labor de protección de los derechos de los privados de la libertad; y
- f) tener un límite temporal, lo que significa que debe cesar cuando finalicen las circunstancias que le dieron origen.

2.5.3.2.4. Restricciones en casos de terrorismo

En último lugar, existe una restricción de las comunicaciones de quienes están privados de la libertad, y es para aquellos relacionados con investigaciones por terrorismo.

El Convenio de Ginebra para la prevención y la represión del terrorismo, de 16 de noviembre de 1937, define los actos de terrorismo como “los hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyo fin o naturaleza es provocar el terror en personas determinadas, grupos de personas o en el público”.

Con posterioridad se han suscrito otros convenios sobre el tema, que describen los actos que deben considerarse como tales:

– Convenio para la Represión de la Captura Ilícita de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;

51.1 LGP; la adopción de la medida de manera sistemática y para un sector de la población reclusa en atención a su grado de tratamiento no se adecua a dicho precepto ni es por tanto conforma con el derecho fundamental”.

¹⁴⁴ STC 175/1997, de 27 de octubre.

- Convención sobre la Represión de Actos de Terrorismo, firmada en Washington, el 2 de febrero de 1971;
- Convenio de Montreal del 25 de septiembre de 1971; y
- Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977.

GETOS propone el siguiente concepto que enmarca los actos señalados: “El terrorismo es una táctica violenta idónea tanto para pequeños grupos como para organizaciones de tamaño medio que siguen una estrategia de terror y que se caracterizan por actuar en la clandestinidad y sobre objetivos concretos que resultan representativos”¹⁴⁵.

Estos delitos se encuentran en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, y para estos se plantean unas restricciones desde la misma Constitución en el art. 55.2. Esta norma dispone que mediante ley orgánica se determinarán los casos en que se podrán suspender los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, a personas determinadas que estén relacionadas con investigaciones de actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Esta restricción se hará de manera individual, y con intervención judicial y control parlamentario.

De otra parte, con relación a quienes se encuentran privados de la libertad, el art. 51.2 LGP señala que con autorización del Juez se les pueden llegar a restringir las conversaciones, incluyendo aquellas que adelanten con su abogado, previa constatación y ponderación de circunstancias extremas, en orden a la salvaguardar la seguridad.

Por mucho tiempo se discutió el tema sobre si los requisitos para suspender las comunicaciones de los internos de los arts. 51.2 y 51.5 LGP eran simultáneos o alternos, y si el Director de la cárcel era competente para realizar ambas restricciones o solo las señaladas en el art. 51.5 LGP.

Al respecto las posturas fueron cambiando con el paso de los años.

En un comienzo se llegó a considerar que las disposiciones de los apartados 2 y 5 del art. 51 LGP debían interpretarse de forma integrada. Esto significaba que cuando se presentaran riesgos de seguridad dentro de la cárcel el Director del

¹⁴⁵ GETOS, Anna María, “Terrorismo: concepto, definiciones y tendencias”. En: *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Lorena Bachmaier Winter coord., Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 41.

penal también tenía facultades para restringir las comunicaciones del interno con quien colaboraba en su defensa.

Tal interpretación la dio el Tribunal Constitucional, que concluyó que para los casos de terrorismo la atribución de limitar las comunicaciones del reo con su defensa técnica, reservada en un principio para el juez, también podía corresponderle al Director de establecimiento carcelario bajo las condiciones indicadas en la ley¹⁴⁶.

Actualmente, tal y como lo explicó la STS 79/2012¹⁴⁷ de 9 de febrero, se considera que las intervenciones planteadas en el art. 51.2. LPG no pueden nunca ser acordadas por el Director de establecimiento penitenciario sino únicamente por parte del juez, y éste a su vez solo podrá actuar en casos de terrorismo.

Por lo anterior, los apartes 2 y 3 del art. 48 RP, que autorizan la comunicación de los abogados y procuradores aún antes de posesionarse en la causa, en ningún caso podrán ser suspendidas o intervenidas por una decisión administrativa ya que esta limitación le compete únicamente a la autoridad judicial.

En otra palabras, puede afirmarse que en este momento se ha cerrado la discusión y no hay duda de que cuando se trata del art. 51.2 LGP se requiere de la orden del juez, quien a su vez, solo podrá proceder de esta forma en eventos de terrorismo, mientras que la disposición del art. 51.5 LGP se refiere a la facultad que tiene el director del establecimiento carcelario de limitar las comunicaciones del

¹⁴⁶ STC 73/1983, de 30 de julio: “Las comunicaciones de los internos han de celebrarse respetando al máximo la intimidad y sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo, además, podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”. “La interpretación de este precepto —51.2— ha de hacerse en conexión con la regla quinta del mismo, que regula la suspensión o intervención motivada por el Director del establecimiento de las comunicaciones orales o escritas, previstas en dicho artículo, «dando cuenta a la autoridad judicial competente». La interpretación lógica de uno y otro apartado de dicho art. -que en cuanto afecta un derecho fundamental puede hacer este Tribunal Constitucional- conduce a la conclusión de que las comunicaciones de los internos de que trata el núm. 2 sólo pueden ser suspendidas por orden de la autoridad judicial con carácter general, si bien en los supuestos de terrorismo además podrá acordar la suspensión el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente”.

¹⁴⁷ STS 79 de 2012, de 9 de febrero, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

interno, con excepción de las que realice sobre su causa con abogados y procuradores.

Adicionalmente, por disposición de la Constitución, no hay carta abierta a la posibilidad de intervenir conversaciones de los prisioneros con sus apoderados para otro tipo de delitos y, para proceder de una manera distinta, sería indispensable que se adelantara una reforma constitucional.

Ahora bien, aunque en la STS 79/2012 se hayan tenido en cuenta numerosas sentencias del TEDH¹⁴⁸ que resaltan a la comunicación privada entre el abogado defensor y el procesado como pilar del estado de derecho, del derecho de defensa, del debido proceso y del derecho a la no auto-incriminación y las normas de derechos humanos así lo consagran¹⁴⁹. La LO 13/2015 ha reforzado estas disposiciones.

No obstante lo anterior, no existe una prohibición absoluta de intervenir las comunicaciones entre un investigado y su abogado, cuando el abogado también está siendo investigado como coautor o partícipe. Esta circunstancia es contemplada en el actual art. 118.4 LECR, que indica que, en principio, cuando durante la ejecución de una interceptación telefónica se capten conversaciones entre abogado y cliente éstas deberán retirarse de la cinta, pero cuando se constaten indicios objetivos de participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación, junto con el investigado, en la comisión de otra infracción penal, las comunicaciones que se hayan captado entre abogado y cliente, podrán conservarse.

Nos parece acertada esta disposición porque la defensa penal no solo es un derecho del investigado, sino también corresponde a una labor profesional que

¹⁴⁸ STEDHS *Castravet contra Moldavia*, de 13 de marzo de 2007; *Foxley contra Reino Unido*, de 20 de junio de 2005; *Viola contra Italia*, de 5 de octubre de 2006; *S contra Suiza*, de 2 de noviembre de 1991; *Kopp contra Suiza*, de 25 de marzo de 1998, *Lanz contra Austria*, de 31 de enero de 2002. Además, sobre este mismo tema, el caso más reciente lo resolvió la STEDH *Pruteanu contra Rumania*, de 3 de febrero de 2015.

¹⁴⁹ El art. 14.3b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que dispone que todo acusado tiene derecho a contar con medios y tiempo adecuado para garantizar la preparación de su defensa en compañía del defensor que ha elegido; el art. 8 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, aprobado por el VIII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1990, que indica la importancia que exista confidencialidad en tales comunicaciones y estos mismos planteamientos se encuentran en el Acuerdo Europeo relativo a las Personas que Participan ante la Comisión y el TEDH.

debe ejercerse de acuerdo con la Constitución y con la Ley; en este sentido, el art. 30 del EGA conmina a los letrados a no separarse del fin supremo de su función. Por lo anterior, la labor de la defensa, ya sea como apoderado o simplemente para resolver una consulta, no puede utilizarse como un instrumento de la delincuencia organizada, bien para enviar instrucciones al grupo criminal, para seguir coordinado actividades delictivas o para definir estrategias de blanqueo de capitales, entre otros.

En otras palabras, la excusa de haber citado al abogado para una consulta, no pueden constituirse en una fachada que facilite la comunicación entre miembros de una organización criminal bajo el conveniente vínculo abogado-cliente.

Es bueno recordar que las organizaciones criminales funcionan de manera similar a las organizaciones lícitas¹⁵⁰, de tal modo que al existir un parangón entre ambas se contemplan varios lugares comunes, como lo es la búsqueda de asesoría en asuntos legales, que tratándose de las empresas criminales pretenden ocultar la conducta delictiva y proteger sus miembros y a sus bienes aprovechado vacíos legales o buscando contactos corruptos.

Salvaguardar el crimen o a sus coautores de la acción del ius puniendi mediante recursos de ley es una actuación que podría constituirse en conducta punible por sí sola, por lo que nunca constituye el ejercicio del derecho a la defensa.

Así las cosas, la sola condición de abogado no crea una barrera infalible que impida la restricción de sus derechos fundamentales del art. 18 CE cuando las circunstancias así lo ameriten.

No obstante, lo acertado de esta disposición que ahora se consigna en la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá considerarse que este tipo de autorizaciones solo podrán concederse de manera verdaderamente excepcional cuando realmente exista la necesidad de hacerlo, y esto es cuando el abogado también es responsable del delito investigado o conexo con él. De lo contrario, sería preocupante que de manera regular se acudiese a intervenir este tipo comunicaciones tan delicadas dentro de las investigaciones penales, simplemente, por el ineludible hecho que la estrategia de la defensa pueda comprender acciones que vayan en contravía de la pretensión sancionatoria del Estado.

¹⁵⁰ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *El delito de blanqueo...*, cit., p. 37.

En este sentido cabe resaltar la STEDH Pruteanu contra Rumanía, de 3 de febrero de 2015, donde se decidió sobre la demanda de un abogado que había sido intervenido por orden legal, pero en razón de su oficio y no por ser quien estaba siendo investigado. Al respecto, el Tribunal consideró que como la interceptación de conversaciones entre abogado y cliente afectaba la confidencialidad, base del derecho de defensa, esta clase de medidas solo debían adoptarse cuando fueran estrictamente necesarias, sin abusarse de esta potestad.

2.5.3.3. Intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal militar

Aunque los militares están sometidos a un régimen especial de disciplina y obediencia, allí también gozan del derecho al secreto de sus comunicaciones. Por lo tanto, la intervención de sus conversaciones solo procede para efectos de descubrimiento o comprobación de algún hecho criminal.

2.5.3.3.1. Marco de aplicación de la Ley Militar

La Ley Orgánica 14/2015, de 15 de octubre, es el actual CPM. La expedición de esta nueva ley obedeció a la modernización de la organización militar, a la profesionalización de las FFAA, al nuevo modelo organizativo y de despliegue territorial de la fuerza, junto con la participación de unidades militares españolas en misiones fuera del territorio nacional, integrándose a unidades multinacionales u organizaciones supranacionales. Con su adopción se espera dar cumplimiento a las obligaciones convencionales asumidas por España, en lo relacionado con el castigo a las violaciones de DIH y a las derivadas de la ratificación de la LO 6/2000, de 4 de octubre, que es el Estatuto de la CPI.

Para efectos de la aplicación de esta Ley, los militares son aquellas personas que poseen dicha condición, y serán destinatarios de la jurisdicción militar, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las siguientes situaciones:

- 1) Mantegan una relación de servicios profesionales con las FFAA o con la Guardia Civil, mientras que no pasen a alguna situación administrativa que ponga su situación militar en suspenso.
- 2) Hallan activado se servicio, siendo reservistas.

3) Cursen estudios como alumnos en las academias o escuelas militares, bien sea para ingresar a las filas regulares o se encuentren realizando un entrenamiento para ingresar a la reserva.

4) Cursen estudios para ingresar a la Guardia Civil.

5) Pasen a tener cualquier asimilación o consideración militar de conformidad con la LOEAES y normas complementarias.

5) Sean capitanes, comandantes y miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares que formen parte de un convoy, bajo escolta o dirección militar, así como los prácticos a bordo de buques de guerra y buques de la Guardia Civil, bajo situaciones de conflicto armado o estado de sitio.

El CPM se aplica a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y a sus alumnos de las escuelas de formación en los siguientes supuestos: en tiempo de conflicto armado, durante la vigencia de estado de sitio, cuando se encuentren en cumplimiento de misiones de carácter militar, cuando esten integrado a unidades de las FFAA, cuando se trate de acciones u omisiones constitutivas de delito militar previstas en el Título II del Libro Segundo del CPM¹⁵¹ y por la comisión de los delitos tipificados en los Títulos I¹⁵², III¹⁵³ y IV¹⁵⁴ del Libro Segundo, excluyendo las acciones u omisiones propias del servicio desempeñado en el ejercicio de funciones de naturaleza policial.

2.5.3.3.2. Regulación de las escuchas telefónicas en el proceso penal militar

La intervención de comunicaciones telefónicas proceden durante la investigación de las conductas a las cuales se les aplica el CPM y están reguladas en los art. 188 y 189 LOPPM, norma que hace una remisión a la LECR y a sus disposiciones complementarias, en casos de vacíos legales y siempre y cuando las normas no sean incompatibles con la naturaleza de la jurisdicción militar.

Es así como, el art. 188 LOPPM dispone que el juez togado podrá acordar, previa audiencia del Fiscal Jurídico-Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si

¹⁵¹ Espionaje militar.

¹⁵² Traición militar.

¹⁵³ Revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad y defensa.

¹⁵⁴ Atentados contra medios o recursos de la seguridad o defensa nacionales.

hubiere indicios de obtener por estos medios, el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

Dicha autorización se realiza mediante auto, en el cual el juez debe señalar, con precisión, la modalidad o la forma en que se adelantará la intervención.

Adicionalmente, una vez expedida la orden, el juez debe dirigir un despacho a quien deba darle cumplimiento y se adoptarán las medidas procedentes para su revelado y constancia, con el fin de garantizar la autenticidad y el secreto de la grabación o de la filmación (art. 188 LOPPM), las cuales le deberán ser entregadas inmediatamente (art. 189 LOPPM).

ALONSO PÉREZ¹⁵⁵ resalta de la legislación procesal militar la referencia a la actuación previa del Fiscal y a la palabra “procesado”, porque, para este autor, el alcance dicha expresión: “procesado”, no se circunscribe únicamente al militar que ya esté vinculado a un proceso, sino que también incluye a aquellas personas sobre quienes existan indicios de responsabilidad criminal, pero que aún no ha sido vinculadas al proceso, situación que estaba contemplada en el art. 579 LECR. Lo anterior, porque el militar que ya está vinculado en un proceso, puede estar receloso sobre la posibilidad de que se le dicte tal medida y esta circunstancia le restaría ineficacia.

De otra parte, la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo¹⁵⁶ ha señalado que las intervenciones telefónicas han de ser necesarias, lícitas, motivadas y proporcionadas, porque se aplican en la investigación de delitos graves y no en diligencias disciplinarias militares.

Por último, las escuchas pueden reproducirse en juicio, de acuerdo con el art. 311 LOPPM.

Fijadas las particularidades de las interceptaciones telefónicas en lo penal, excluyendo aquellas actuaciones que no pueden considerarse como tales, puesto que no comparten alguna o algunas de sus características diferenciadoras, se procederá a examinar la regulación de las escuchas telefónicas en la LECR.

¹⁵⁵ ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el proceso penal*, Madrid, 2.ª ed., Dykinson, 2003, p. 137.

¹⁵⁶ STS de 29 de enero de 2015, Ponente Sr. Jacobo López Baraja de Quiroga.

2.5.4. Comparación entre las intervenciones telefónicas que se producen dentro de la investigación criminal y las de los otras legislaciones

En primer lugar, siendo las intervenciones telefónicas en lo penal, penal-militar y en inteligencia, una técnica especial de investigación, éstas deben llevarse a efecto secretamente, mientras que ni las escuchas que se dan dentro del lugar de trabajo ni las que ocurren cuando el Director de una cárcel ordena tal tipo de medidas, tienen esta condición secreta; con relación a las parentales, consideramos que los menores también deben saber que su padres tienen derecho a ejercer dicho control.

En segundo lugar, las escuchas telefónicas en lo penal requieren de la orden habilitante de un juez, por ser una medida restrictiva de los derechos fundamentales, al igual que sucede con las de las investigaciones de inteligencia y las penales militares. No sucede lo mismo cuando se trata de las intervenciones hechas por el Director de la cárcel, por el padre o tutor, ni por el empresario. La ausencia de este requisito se podría explicar, precisamente, al confirmar que la medida se pone en conocimiento de quién está siendo intervenido. Sin embargo, el tener conocimiento de esta situación, no alivia tal limitación.

En tercer lugar, en las intervenciones realizadas durante las investigaciones de inteligencia, el magistrado que emite la autorización no lleva la dirección de la correspondiente investigación, mientras que en las investigaciones criminales y las penales militares, son dirigidas por el juez que profiere la resolución habilitante.

En cuarto lugar, la estricta reglamentación en materia de escuchas en materia criminal, palidece cuando se ejerce el control parental de las comunicaciones del hijo menor de edad, donde si bien se busca la protección del menor, se puede permitir cierta condescendencia ante criterios absolutamente subjetivos de los padres, como motivos suficientes para irrumpir en la privacidad del menor, sin tenerse en cuenta, para estos efectos, que este va adquiriendo autonomía e independencia conforme va alcanzando la mayoría de edad. De otra parte, sancionar penalmente a los padres que interfieran abusivamente en las comunicaciones de los menores conlleva a que se agrave la situación al interior del núcleo familiar, que ciertamente, no es la finalidad del ius puniendi.

En quinto lugar, como pudo observarse de las sentencias analizadas, para proceder a intervenir una conversación en lo laboral, la exigencia sobre la necesidad de esa medida es muy elevada.

En sexto lugar, con relación a las intervenciones en el ámbito militar, la reglamentación es escasa y teniéndose en cuenta la remisión que la ley procesal militar hace a la LECR, ha venido compartiendo las carencias de la ley positiva procesal penal.

Como se ilustrará a continuación, la regulación de la ley positiva de intervenciones telefónicas en materia penal se ha venido considerando escasa, hasta el punto de haberse reformado de manera anticipada a la modificación total de la LECR, pero la reglamentación de la ley positiva de otras ramas del Derecho es menor aún, a pesar de que todas las escuchas telefónicas limitan por igual el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y, eventualmente, pueden intervenir en los derechos a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal.

Ciertamente, no porque se advierta al trabajador que sus conversaciones pueden ser grabadas y éste lo haya aceptado, la limitación a su derecho fundamental del secreto de las comunicaciones se le vuelve más amable, además porque posiblemente, este cuenta con pocas posibilidades reales de negarse a esta restricción. Adicionalmente, esas posibilidades son aún más escasas para quien se encuentra privado de la libertad.

Por lo anterior, la reglamentación de estas otras intervenciones telefónicas lícitas ajenas al Derecho Procesal penal debería revisarse y protegerse efectivamente el derecho al secreto de las comunicaciones de su titular.

Capítulo Tercero
Régimen jurídico de las escuchas telefónicas en la Ley de
Enjuiciamiento Criminal

3.1. Planteamiento general

El art. 579 LECR, modificado por la LO 4/1988, de 25 de mayo, reguló las intervenciones telefónicas hasta que fue modificado por la LO 13/2015, de 5 de octubre. Su controvertido texto era el siguiente: “1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

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

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo

podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente —por escrito motivado— al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación”.

Esta norma presentó importantes problemas de interpretación entre sus apartados 2 y 3, así como vacíos legislativos, que gracias a la labor de la jurisprudencia de los Tribunales Europeo de Derechos Humanos, Constitucional y Supremo, en su papel de ser fuente del Derecho Procesal, se lograron colmar, conforme lo reconoció el mismo TEDH¹.

Por esta razón, en numerosas ocasiones se procuró modificar este artículo para reglamentar detalladamente lo concerniente a la intervención de las comunicaciones telefónicas y otras medidas similares.

Fue así como en el año 2011 el Gobierno, al mando del Presidente José Luis Rodríguez Zapatero, presentó un Anteproyecto de reforma a la LECR que no fue tramitado por la desconvocatoria del Parlamento para convocar elecciones generales.

En la Exposición de Motivos de dicho Anteproyecto se hacía mención a la imperiosa necesidad de actualizar el régimen jurídico de ciertos actos de injerencia en la esfera del investigado que carecían de una cobertura legal suficiente, como era el caso de las intervenciones telefónicas, sobre las que había una parca regulación, la cual había motivado varias condenas internacionales a España. Por ello, en el articulado de esa reforma se les dió un tratamiento completo y detallado con lo que se procuraba, igualmente, adaptar estas medidas a las exigencias de las nuevas tecnologías de la información y del entorno digital propio de la sociedad del siglo XXI².

En marzo de 2012, después de un cambio de Gobierno, se conformó una Comisión de Expertos designada por el Ministerio de Justicia que presentó el BCPP, con la que se pretendía sustituir la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Como era de esperar, este texto también hace alusión a las escuchas telefónicas para

¹ ATEDH, Aldulkadir Corban contra España, de 25 de septiembre de 2006.

² Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2011, p. 37.

completar las lagunas del derogado art. 579 LECR y, de paso, conferir sustantividad propia a otras formas de comunicación telemática que han carecido de tratamiento normativo en la ley procesal³, haciéndose referencia con ello a muchos de los medios de investigación indicados en el capítulo segundo de esta investigación, como las escuchas directas.

Finalmente, el 13 de marzo de 2015 el Gobierno Español, a través del Ministerio de Justicia, presentó un Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que trató sobre el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, cuestiones que por su importancia y urgencia no podían aguardar hasta la aprobación del texto articulado de una nueva ley de enjuiciamiento criminal.

El motivo de la presentación de ese Anteproyecto —hoy convertido en la LO 13/2015, de 5 de octubre— obedeció, según su parte de motivación, a la urgencia de fortalecer los derechos procesales, de conformidad con las exigencias del Derecho de la Unión Europea, y de regular las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos a la intimidad, del secreto de las comunicaciones y de la protección de los datos personales, ya que la tecnología avanzaba a gran velocidad y la legislación no podía quedar rezagada respecto a estos cambios⁴.

La LO 13/2015, de 5 de octubre no modificó las funciones del Ministerio Fiscal ni creó el cargo de Juez de Garantías que se pretendía crear en el Proyecto de reforma de 2012, por lo que las funciones de la Fiscalía continuaron siendo las de los arts. 773 LECR y 6 LORPM, que lo señalan como el garante del respeto de las garantías del investigado, cuestión que se recalca en las Instrucciones 2/2008 y 8/2004 de la Fiscalía General del Estado. En el mismo sentido, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, advierte la especial relevancia que éste tiene dentro de la ejecución de las intervenciones telefónicas, ya que se trata de actuaciones que se adelantan sin el conocimiento del investigado y, por lo tanto, el Fiscal debe garantizar que no haya arbitrariedades.

³ BCPP, p. 15.

⁴ Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procesamiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, p. 2.

La STS 301/2013⁵ señala que la ejecución, desarrollo y cese de la medida en diligencias indeterminadas sin conocimiento del Fiscal trae como consecuencia la nulidad de la prueba.

Por disposición de la LO 13/2015, el art. 579 LECR, que desde la expedición de la LO 4/1988 regulaba las escuchas telefónicas en los apartados 2 y 3, pasó a ocuparse únicamente de las intervenciones de correspondencia y telegráficas, faxes y burofaxes, así como lo referente a las interceptaciones de comunicaciones telefónicas y telemáticas, las cuales quedaron reguladas en dos apartados: el primero, de manera general en el nuevo Capítulo IV Título VIII del Libro II LECR, que contiene disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos y de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos y, de manera especial, en el nuevo Capítulo V del mismo Título VIII del Libro II LECR, denominado “La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas”, Capítulos creados por la LO 13/2015.

Dentro de las disposiciones comunes se consagraron unos principios rectores para todos estos medios de investigación que tienen injerencia en las garantías constitucionales del art. 18 CE, las cuales se pueden resumir de la siguiente forma:

1) Las medidas se acuerdan durante la instrucción de las causas, mediando autorización judicial, proferida de acuerdo a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la respectiva medida; esto significa que deberán ponderarse intereses en conflicto, valorar el interés público y de terceros, la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido contra la restricción del derecho.

2) La finalidad de estos medios consiste en descubrir o comprobar un delito; determinar su autor o autores; averiguar su paradero o localizar los efectos del delito.

Las interceptaciones telefónicas y telemáticas del nuevo Capítulo V Título VIII Libro II de la LECR tiene como ámbito particular los terminales o sistemas de

⁵ STS 301/2013, de 18 de abril, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

comunicación que utilice el investigado de manera ocasional o habitual, estén a su nombre o no, para a través de estos captar el contenido de las comunicaciones en que este participe, bien sea como emisor o como receptor.

El ámbito de estas interceptaciones se centra ahora en los terminales o en los medios de comunicación, bien sea que utilice habitualmente el investigado —estén a su nombre o no lo estén—, los de la víctima o los de un tercero. Aquí hay un cambio respecto del derogado art. 579 LECR, que se centraba en las comunicaciones del investigado.

Con ello, observamos que la Ley ha aceptado que desde el aspecto técnico las interceptaciones telefónicas se realizan sobre el medio de comunicación y que, partiendo de ahí, se centran y restringen a las que realice el investigado, bien sea como emisor o receptor de la llamada. Este asunto es muy importante, porque conceptualmente permite aceptar que se produzcan hallazgos casuales o se graven conversaciones con el defensor o de naturaleza puramente íntima, sin perjuicio que deba dárseles un tratamiento procesal a estos asuntos, el cual también está contemplado en esta Ley.

En segundo lugar, la Ley señala, en el art. 588 ter b LECR que la intervención podrá realizarse sobre el contenido de la conversación y sobre los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, con independencia de si la comunicación se establece o no. Es de recordar que, de acuerdo con la STC 114/1984, que mientras que la comunicación telefónica se encuentre en curso o durante los momentos anteriores y posteriores a la misma, los datos externos de la misma forman parte del proceso de comunicación y por tanto, su intervención hace parte de la interceptación telefónica, mientras que una vez esta haya finalizado, la obtención de estos datos constituye una injerencia en los derechos protegidos en el art. 18.4 CE: protección de datos de carácter personal o libertad informática y en concordancia con el art. 588 ter b LECR, en este caso, se trataría de una intervención telemática.

Con relación a las llamadas infructuosas, conocidas también como llamadas perdidas, que son comunicaciones que se han realizado con éxito pero sin contestación; la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo y la LCDCE-RPC indican que son datos de tráfico; pero nuevamente, esto depende de si la llamada es captada mientras esta tiene lugar, o si se trata de la obtención posterior de su registro.

De otra parte, el art. 588 ter c LECR se refiere por primera vez a la afectación al

tercero, término que utiliza para referirse a otras personas diferentes al investigado, que resultan siendo los titulares de terminales telefónicos que se pretenden intervenir; sin embargo, la redacción de la segunda condición que impone la norma para que sea viable interceptar estos terminales que pertenecen a “terceros” da lugar a que se presente una confusión sobre si se está en presencia de un tercero o de un partícipe del delito, puesto que la LECR utiliza la palabra “tercero” para referirse a alguien quien colabora con el investigado en sus fines ilícitos o que se beneficia del crimen. Con ello el art. 588 ter c.2 LECR y los arts. 28 y 29 CP manejan términos diferentes respecto de lo que es un “tercero”, que deben armonizarse.

Examinando el Código Penal, se observa que quienes se podrían beneficiar de un delito o colaborar con el mismo sin ejecutarlo o sin tener la calidad de autor, referidos por la LECR como “terceros”, son los coautores no ejecutivos⁶, los inductores y los cómplices: necesarios o no necesarios.

Los inductores, están señalados en el art. 28 a) CP y son considerados por la ley penal como autores y no como “terceros”, ya que éstos siembran en el autor la idea de realizar el hecho delictivo no obstante, posteriormente carezcan de dominio sobre el mismo. Ciertamente, los inductores pueden resultar beneficiados por la comisión del crimen.

A su vez, quienes colaboran con el delito, según los arts. 28 b) y 29 CP, son los cómplices: necesario, a quien también el CP da tratamiento de autor y no necesario, llamado cómplice propiamente dicho.

El primero, es decir, el cómplice necesario, aunque carece del dominio del hecho, realiza actos relevantes al delito, en sus fases preparatoria y ejecutiva, aportando al crimen un bien escaso y de ahí la necesidad de su colaboración⁷; el segundo, es quien coopera en la ejecución del hecho punible con conocimiento y voluntad, incrementando efectivamente su posibilidad de éxito, por lo que incrementan el riesgo prohibido que crea el autor⁸. La complicidad puede ser

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal...*, cit., p. 452.

⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones de Derecho Penal...*, cit., 296.

⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 33.

psicológica, como cuando se proporciona un asesoramiento técnico o se refuerza la voluntad delictiva del autor⁹, acciones que se pueden realizar a través de una conversación telefónica.

Por lo tanto, si ese “tercero” colabora con el investigado o se beneficia del crimen debe vincularse a la investigación como presunto responsable, en términos del CP y, como tal, intervenir sus comunicaciones, pero no como tercero, salvo que actúe como un instrumento del autor en los eventos de autoría mediata, que es el supuesto del art. 588 ter c.1 LECR.

La autoría mediata aparece cuando una persona, quien es el verdadero autor, se vale de otra para cometer un delito. La persona utilizada actúa como un instrumento, instrumentalización, que puede darse de varias formas que van desde dominarla totalmente —el caso de la hipnosis— hasta hacerla obrar mediante engaño, circunstancia bajo la cual, el instrumento estaría actuando bajo error de tipo o de prohibición¹⁰.

Por lo anterior concluimos que, la expresión “tercero” planteada en el art. 588 ter c LECR, cuando señala los sujetos pasivos de la intervención telefónica, se aplicaría, junto a los titulares de la línea que utiliza el investigado, a las personas que son utilizadas como instrumentos de los autores mediatos. En los demás casos, de beneficio o de colaboración criminal, la intervención telefónica les recaería en calidad de investigados por ser presuntos responsables.

Antes de la modificación hecha por la LO 13/2015 a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la jurisprudencia¹¹ había admitido la intervención del teléfono de terceros, aclarándose que los “terceros” eran aquellas persona que no estaban implicadas en la realización de los hechos delictivos pero que les intervenían sus teléfonos cuando se sospechaba fundadamente que estos eran utilizados para enviar o captar mensajes, o sostener conversaciones de interés para la investigación. Intervención a la cual debía procederse con mucha cautela.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal., cit.*, p. 465.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *ibidem*, pp. 449 y ss.

¹¹ STS 960/1999, de 3 de junio, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.

3.2. Las intervenciones telefónicas en España hasta la aprobación de la LO 13/2015 que modificó la LECR

Aquí se ha señalado que la LO 13/2015 se expidió para llenar los vacíos en la regulación de actos de investigación que presentaba el art. 579 LECR. Sin embargo, esta norma ya había sido modificada por la LO 4/1988, de 25 de mayo, como un avance en el desarrollo de esta materia.

3.2.1. Situación anterior a que se adoptaran las intervenciones telefónicas por primera vez en la LECR

La versión original de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1982 no regulaba las intervenciones telefónicas. Sólo fue hasta el año 1988 cuando la LO 4/1988, de 25 mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificó el art. 579 LECR, que era el que disponía la detención de comunicaciones, pero señalando únicamente a la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiera o recibiera, la cual podía ser abierta y examinada por orden del juez cuando existieran indicios de descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia importante de la causa.

Sin embargo, a pesar del silencio que guardaba la LECR en esta materia, la posibilidad de intervenir las comunicaciones ya estaba señalada en el art. 18.3 CE, y también estaba vigente la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la Actuación de Bandas Armadas y Elementos Terroristas y de Desarrollo del art. 55.2 CE, que taxativamente sí se ocupaba del tema de las observaciones telefónicas.

La LO 9/1984, ahora derogada, tenía un ámbito de aplicación específico, el cual se circunscribía a la comisión o la apología de los delitos relacionados con bandas armadas y terrorismo que operaran en España, aunque algunos de los delitos efectuados se realizarán fuera del país.

El art. 17 de la esta Ley contemplaba la posibilidad de adelantar observaciones postales, telegráficas y telefónicas hasta por tres meses, período prorrogable por períodos iguales, en la investigación de los siguientes delitos:

- 1) Delitos contra la vida e integridad de las personas
- 2) Atentados contra la autoridad, sus agentes, funcionarios públicos y sus familiares.

3) Detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas.

4) Asaltos a establecimientos militares y de las Fuerzas de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales, instalaciones y centros de comunicación, trenes, buques, aeronaves, automóviles, edificios públicos, oficinas bancarias, recaudatorias, mercantiles u otras en que se conserven caudales, así como polvorines, armerías y centros sanitarios.

5) Coacciones, amenazas o extorsiones.

6) Incendios u otros estragos.

7) Delitos contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra los altos Organismos de la Nación, contra la forma de Gobierno y delitos contra la seguridad exterior del Estado.

8) Rebelión.

9) Tenencia o depósito de armas, municiones o explosivos, así como su adquisición, fabricación, manipulación, transporte o suministro.

10) Constitución de entidades, organizaciones, bandas o grupos formados para la actividad terrorista o rebelde, la pertenencia a los mismos y los actos de cooperación o colaboración con sus actividades.

11) Otros delitos realizados por las personas comprendidas en el número 1, cuando la comisión de los mismos contribuyera a la actividad terrorista o rebelde, así como los delitos conexos y los que se cometieran en cooperación con dichas actividades o individuos.

Dicha medida debía ser ordenada por el órgano judicial mediante resolución motivada y que en caso de urgencia, tal autorización podía ser expedida por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, quienes debían comunicarla inmediatamente al juez competente por medio de un escrito motivado, para que dentro del plazo de setenta y dos horas el Juez la revocara o confirmara mediante auto —igualmente motivado—. De otra parte, el Gobierno debía informar a las Cámaras los resultados de las escuchas que hubiera ordenado, y se contemplaban sanciones en su contra si la medida había sido abusiva.

Los resultados de las escuchas telefónicas debían comunicarse al juez, quien podía revocar la orden en cualquier momento. De acuerdo con el art. 18 de esta

Ley, la orden debía comunicarse al afectado, a menos que con ello se comprometiera el resultado de la investigación.

Teniéndose en cuenta que existía una Ley que limitaba el secreto de las comunicaciones para un asunto específico y que la intervención de las comunicaciones telefónicas, con autorización judicial, estaba señalada en la Constitución, un sector de la doctrina y misma la jurisprudencia, consideraron que era posible proceder a intervenir las comunicaciones telefónicas en todas las investigaciones criminales y no solo en los referidos en la LO 9/1984, y que para ello no era necesario expedir una nueva ley orgánica para reglamentar esa intervención¹².

Como fundamento de esta decisión, se consideró que al ser la Constitución — Ley de Leyes— su texto era más que suficiente, y que como el art. 18.3 CE indicaba de manera textual que el derecho al secreto de las comunicaciones podía limitarse por resolución judicial, España ya contaba con una ley que indicaba cuál era el camino a seguir.

Bajo ese argumento se llevaron a cabo intervenciones telefónicas que se entendieron como una práctica lícita, tal como lo indicó el Tribunal Supremo en la STS de 5 de octubre de 1990¹³, que dió cuenta de unas intervenciones telefónicas realizadas en el año 1986 en una investigación sobre drogas, delito que no estaba contemplado en la LO 9/1984. Cuando los condenados por este delito recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo, alegaron violación a los arts. 24 y 120 CE, sin hacer mención a que se hubieran vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE.

Sin embargo, al decidir el recurso de casación, el Tribunal Supremo estudió si se había violentado este derecho del art. 18.3 CE y concluyó que no había existido tal vulneración. Aunque la intervención telefónica había sido acordada con anterioridad a que el art. 579 LECR regulara las intervenciones telefónicas, y aunque el delito de drogas no estuviera señalado dentro de los casos contemplados en la Ley Orgánica 9/1984, la intervención de las comunicaciones adelantada durante esa investigación había sido legítima, ya que la posibilidad de utilizar este medio de investigación estaba contemplada en la Constitución.

¹² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 31.

¹³ STS de 5 de octubre de 1990, Ponente Sr. Siro Francisco García Pérez.

Esta posición llevaría a España a ser sancionada por el TEDH, dentro del caso Valenzuela Contreras contra España, STEDH de 30 de julio de 1998, decisión en la cual el Tribunal consideró que no obstante existía una norma que permitía esa injerencia —el art. 18.3 CE—, su contenido era insuficiente para limitar el derecho fundamental del art. 8 CEDH.

3.2.2. Introducción de las escuchas telefónicas por la LO 4/1988

La LO 4/1988, de 25 de mayo, reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incluir las intervenciones telefónicas en el derogado art. 579 LECR. Sin embargo, esta reforma tuvo una redacción desafortunada, por lo que España sería nuevamente sancionada en 2003 por el TEDH, dentro del caso Prado Bugallo contra España.

Dentro de los problemas de la redacción de este art. 579 LECR, se encontraban, de una parte, las dificultades de la interpretación de sus apartados 2 y 3 y, de otra parte, los vacíos legales, resaltados por el TEDH, que posteriormente fueron copados gracias a una ardua labor de los Tribunales Españoles.

3.2.2.1. Confusa relación entre los numerales 2 y 3 del derogado art. 579 LECR

La diferencia entre la redacción de los apartados segundo y tercero del derogado art. 579 LECR parecían indicar que existieran dos modalidades diferentes de intervención de comunicaciones. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ¹⁴ lo resume de esta forma:

- 1) Con relación a los sujetos pasivos de la medida:
 - en el apartado 2, el sujeto pasivo de la medida es el procesado;
 - en el apartado 3, lo son las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, quienes no necesariamente tienen que estar vinculados al proceso.
- 2) Con relación a su acción:
 - en el apartado 2, la medida consiste en intervenir;

¹⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 45.

– en el apartado 3, la medida consiste en observar.

3) Con relación a su objeto:

– en el apartado 2, se hace referencia únicamente a las comunicaciones telefónicas;

– en el apartado 3, se incluyen las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, así como aquellas comunicaciones sobre las que existan indicios de participación criminal.

4) Con relación a su plazo:

– en el apartado 2, no consta ningún plazo.

– en el apartado 3, la medida se limita hasta tres meses prorrogable por períodos iguales, pero sin señalar un tope máximo.

Sin embargo, aunque a simple vista saltan las diferencias, considerar que cada apartado del derogado art. 579 LECR regulaba una actividad de investigación diferente¹⁵, creaba un problema muy grave, puesto que de haber sido de esta forma cada una de las actividades —intervención y observación— estaban siendo reguladas de forma incompleta.

Así las cosas, si los apartados regulaban diferentes medidas, la intervención del teléfono del apartado segundo no tenía un plazo, ya que este sólo se aplicaba para las observaciones del numeral tercero y a su vez, las comunicaciones postales y telegráficas, que mencionaba el apartado tercero, solo podrían observarse externamente sin que se pudiera conocer su contenido interno.

Por lo anterior, al interpretar cada aparte como una actividad de investigación diferente, cada uno de estos quedan sin sentido y ante estas dificultades, el Tribunal Supremo¹⁶ consideró que la diferencia entre estos vocablos era simplemente gramatical y que si se habían utilizando dos palabras diferentes había sido para evitar repeticiones antiestéticas.

Al unificar ambos apartados, se tiene que la intervención de comunicaciones, mencionada en el art. 579.2 LECR no resultaba indefinida¹⁷ sino que tenía el plazo

¹⁵ LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 194.

¹⁶ STS de 25 de junio de 1993, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.

¹⁷ Las medias restrictivas de derechos fundamentales, como lo es la intervención telefónica, no pueden ser indefinidas, puesto que conforme al art. 1.1 CE, España se constituye en un Estado

mencionado en el apartado tercero, que era de tres meses prorrogables. De esta forma también se amplió la posibilidad de intervenir otros medios de comunicación diferentes al teléfono, por lo que quedó claro que se podían intervenir – y no solo observar- el telégrafo y el correo postal y aún más, otros medios de comunicación que fueran utilizados con fines delictivos, concepción que extendió la reglamentación de la Ley a modernas formas de interconexión de voz, datos o imágenes por satélite o a través de ondas.

Esta expansión conllevó incluso, a que se incluyeran las intervenciones de las comunicaciones orales directas, que actualmente cuentan con una reglamentación diferente a las de las intervenciones telefónicas.

3.2.2.2. Enunciación de los vacíos del derogado art. 579 LECR de acuerdo al TEDH

Al margen de la confusión que generaron los apartados 2 y 3 de la derogada norma, esta carecía de algunos requisitos señalados por el TEDH para dar cumplimiento a los compromisos adquiridos al suscribir el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH— del 4 de noviembre de 1950, que es la Carta de Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.

Al ser el CEDH un tratado internacional, sus normas rigen en España, conforme a lo dispuesto en los arts. 10.2 y 96 CE¹⁸. Adicionalmente, el art. 46 CEDH señala que los Estados parte se comprometen a acatar las sentencias dictadas por este Tribunal, en los litigios de que sean parte y cuando se trate de sentencias que involucren los otros Estados europeos, sus apreciaciones jurídicas se tendrán en cuenta como directrices. En este mismo sentido se ha pronunciado la STC 303/1993¹⁹, al indicar que la jurisprudencia del TEDH sirve como criterio interpretativo en la aplicación de preceptos constitucionales que tutelen derechos fundamentales y que son de aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico español.

El art. 8 CEDH, que protege el derecho al secreto de las comunicaciones, señala:

social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

¹⁸ El Convenio fue ratificado por España el 4 de octubre de 1979, siendo publicado en el BOE N.º 243, de 10 de octubre.

¹⁹ STC 303/1993, de 25 de octubre.

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino 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 protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Puede observarse que el numeral primero del art. 8 CEDH sólo se menciona como objeto a la protección de las comunicaciones escritas, y no alude a las comunicaciones telefónicas, las cuales fueron incluidas por el TEDH a partir en la decisión del caso Klass y otros contra Alemania, de 6 de septiembre de 1978, que consideró que el párrafo 1 del art. 8 CEDH también comprendía las comunicaciones telefónicas, en cuanto estas eran parte de la vida privada y una forma de comunicación.

La STEDH examinó dos normas de Derecho interno alemán que habían sido demandadas: el art. 10.2 de la Ley Fundamental Alemana que permite ordenar restricciones al secreto de las comunicaciones con base en una ley y el art. 1.1 de la Ley G. 10 de 1968, que habilita a ciertas autoridades a abrir y controlar la correspondencia, los envíos postales, a leer mensajes telegráficos y a escuchar las conversaciones telefónicas.

El objetivo de las dos normas alemanas demandadas era defender el orden democrático y liberal o la existencia y seguridad de la Federación, o de un territorio, contra peligros inminentes, para lo que se consideró que debían practicarse en secreto.

La demanda no prosperó porque el TEDH consintió en que las sociedades democráticas se encontraban amenazadas por formas complejas de espionaje y terrorismo, y por lo que era válido que el Estado estuviera provisto de herramientas para poder combatir tales amenazas, ya que dentro de estas herramientas se encontraban las medidas adoptadas en las Leyes demandadas.

Sin embargo, el TEDH indicó que estas medidas no podían adoptarse sin que se establecieran sus límites para prevenir arbitrariedad.

En esta sentencia y en otras, como las proferidas dentro de los casos Silver y otros contra Reino Unido, de marzo 25 de 1983²⁰ y Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984²¹, ambas por retención de correspondencia y Kruslin y Huvig contra Francia, de 24 de abril de 1990²², el Tribunal sentó las bases para que la vigilancia secreta de las comunicaciones, incluyendo las conversaciones telefónicas, no vulnerase el derecho consagrado en el art. 8 CEDH.

Estas bases son las siguientes: una previsión legal de la injerencia a través de una ley clara y asequible, que se aplique con una finalidad constitucional legítima, porque la injerencia se realiza con miras a preservar una sociedad democrática.

Con relación a la legislación positiva española, plasmada en el derogado art. 579 LECR, el TEDH²³ consideró que esta carecía de regulación en los siguientes aspectos:

- a) naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a la medida;
- b) fijación de un límite máximo de duración;
- c) condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignen las comunicaciones obtenidas.

3.2.2.3. Casos adelantados en el TEDH contra España durante este período

La ausencia de una ley positiva asequible y clara, generó sanciones contra el País en los casos Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1988 y Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003, posición que cambió en el año 2006, ante una demanda semejante presentada por Abdulkadir Coban, de 25 de septiembre.

3.2.2.3.1. Caso Valenzuela Contreras contra España

Los hechos en que se basó la decisión surgen por la condena del Señor Cosme Valenzuela Contreras por los delitos de injurias y amenazas, resultado de una investigación que se realizó en el año 1985. Dentro de las actividades desplegadas, se le vigilaron los datos externos de las comunicaciones telefónicas. Como puede

²⁰ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-575>

²¹ <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57533>

²² <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57626>

²³ Caso Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003.

apreciarse por la fecha, la investigación se realizó antes que se incluyera en el art. 579 LECR incluyera la potestad de realizar intervenciones telefónicas, y se trataba de un delito no comprendido en la LO 9/1984; por lo tanto, la única base para llevar a cabo esta intervención fue el art. 18.3 CE.

En consecuencia de lo anterior, el Señor Valenzuela Contreras demandó ante el TEDH que había sido condenado por la justicia española en violación del art. 8 CEDH, ya que la vigilancia de su línea telefónica había atentado contra su derecho de privacidad.

El TEDH admitió que España contaba con una Ley para realizar las intervenciones telefónicas y que esta era el art. 18.3 CE; sin embargo, ese Tribunal agregó que dicha Ley, aunque existente, carecía de la calidad suficiente para ser asequible, por cuanto no preveía el sentido ni la naturaleza de la medida de interferencia.

En otras palabras, el problema no radicó en la existencia de la Ley sino en la calidad de la Ley misma, que no contenía las condiciones necesarias para asegurar el respeto a la vida privada y a la correspondencia. Las condiciones que el TEDH echó de menos en la Ley positiva española fueron las siguientes:

- a) definición de las categorías de las personas susceptibles de ser escuchadas en razón de la medida;
- b) naturaleza de infracciones que puedan dar lugar a este tipo de intervenciones;
- c) límite de duración de la intervención;
- d) condiciones de establecimiento de los documentos —actas— que consignaran las conversaciones intervenidas; y
- e) utilización y borrado de las grabaciones obtenidas a través de la intervención telefónica.

Por estas razones, el TEDH concluyó que como al momento de intervenir las comunicaciones del Señor Valenzuela Contreras no podían preverse en la Ley estas cuestiones, el Estado español le había vulnerado al recurrente su derecho a la vida privada, en contra de lo dispuesto en el art. 8 CEDH.

3.2.2.3.2. Caso Prado Bugallo contra España

En esta sentencia del año 2003 se declaró, nuevamente, que la Ley vigente española para la época de la intervención demandada adolecía de la calidad exigida, refiriéndose, en esta ocasión, al art. 579 LECR que ya había sido modificado por la Ley 4/1988.

Los hechos en que se fundó esta decisión ocurrieron en el año de 1990, cuando el Juzgado Central de Instrucción N.º 5 abrió un proceso por tráfico de drogas y autorizó intervenir telefónicamente a varias de las personas comprometidas en el delito. Los resultados de las intervenciones de las comunicaciones, las declaraciones de los inculpados, los dictámenes periciales alegados como argumento defensivo ante las pruebas que resultaron en su contra, junto con otras pruebas materiales recogidas en la investigación, fueron la base para que el proceso finalizara con la condena de los procesados, entre ellos, el señor Prado Bugallo.

Prado Bugallo acudió al TEDH, alegando que se le había condenado en violación del art. 8 CEDH. Indicó que a pesar de la reforma legislativa hecha al art. 579 LECR, la Ley española era insuficiente para acordar la intervención de comunicaciones ya que esta no hacía referencia a la naturaleza de la infracción, ni a las condiciones para establecer en actas los resultados, ni hablaba de la necesidad de motivación de la autorización, ni de la utilización y borrado de las grabaciones, cuestiones que habían debido tratarse en dicha norma.

Además indicó que el Juez no había recibido los originales de las grabaciones sino las copias, por lo que las escuchas no habían sido controladas apropiadamente por este.

El Estado español hizo énfasis en la abundante jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo en materia de escuchas telefónicas, que había paleado los vacíos de la ley positiva. Sin embargo, el TEDH dió la razón al demandante al considerar que la regulación del modificado art. 579 LECR no respondían a todas las exigencias que el Tribunal había señalado a través de sus decisiones, en especial, *Kruslin* y *Huving* contra Francia, aunque reconoció los esfuerzos de la jurisprudencia española, en especial la del Tribunal Supremo, para llenar estos vacíos.

Para el TEDH, las carencias del art. 579 LECR fueron las siguientes:

- naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a la medida;
- fijación de un límite máximo de duración; y

– condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignen las comunicaciones obtenidas.

3.2.2.3.3. Caso Abdulkadir Corban contra España

La decisión tiene como fecha el 25 de septiembre de 2006. En esta oportunidad, el TEDH no solo reconoció la labor de la jurisprudencia española como fuente de Derecho, sino que desestimó la demanda que había sido presentada con los mismos argumentos que hacían referencia a la insuficiencia normativa. En esta oportunidad los argumentos fueron los siguientes:

En primer lugar, el TEDH aceptó que dentro de una investigación en contra de una organización criminal que se dedicaba al tráfico de drogas había existido una injerencia a la privacidad.

En segundo lugar, con relación a la justificación de la medida, que sí existía una previsión legal, por cuanto la injerencia tenía una base legal en el art. 579 LECR.

En tercer lugar, explicó que aunque en su decisión del caso Prado Bugallo había considerado que la norma y la jurisprudencia españolas eran insuficientes para intervenir las comunicaciones telefónicas, durante el lapso de tiempo transcurrido entre dicha decisión y el caso de la presente demanda la jurisprudencia había realizado una verdadera labor complementaria a la Ley y que, además, había incorporado a la legislación española las condiciones que, según el mismo TEDH, debían estar presentes al realizar este tipo de actos de investigación.

Las jurisprudencias de los Tribunales Constitucional y Supremo españoles que resaltó el TEDH al inadmitir la demanda de Abdulkadir Corban fueron: el ATS de 18 de junio de 1992²⁴ y las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: 26/2006, de 30 de enero; 184/2003, de 23 de octubre; 202/2001, de 18 de octubre; 49/1999, de 5 de abril entre otras, del Tribunal Constitucional. Como puede observarse, algunas de ellas ya se habían proferido cuando se sancionó a España en el caso Prado Bugallo en el 2003.

En cuarto lugar, con relación a la finalidad de la medida, el TEDH indicó que sin lugar a dudas, la intervención de las comunicaciones había sido necesaria en

²⁴ ATS de 18 de junio de 1992, Ponente Sr. Enrique Ruiz Vadillo.

una sociedad democrática, ya que había servido como medio de investigación relevante para descubrir un importante tráfico de drogas.

Por último, el TEDH advirtió que el demandante no había formulado estos reparos ante la justicia española y desestimó las alegaciones correspondientes a este asunto, inadmitiendo la demanda presentada.

3.3. Reglamentación de las intervenciones telefónicas ordinarias en España a partir de la aprobación de la LO 13/2015, de 5 de octubre

Desde antes de la expedición de esta Ley, la jurisprudencia y la doctrina han considerado que la aproximación a la reglamentación de las intervenciones telefónicas, se compone de requisitos sustanciales de índole constitucional y de índole procesal.

Los requisitos constitucionales son los que surgen al momento en que se ordena la medida y su ausencia conlleva la ilicitud de la intervención telefónica²⁵, la cual, en concordancia con lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ implica que sus resultados y los de las pruebas que les deriven, deben excluirse.

Los requisitos de legalidad ordinaria regulan las intervenciones telefónicas una vez han surgido; están previstos en la ley o han sido señalados en la jurisprudencia. Su incumplimiento da lugar a que los resultados de las escuchas no tengan validez como medio de prueba, aunque se les reconozca su calidad de medido de investigación.

No se ha tenido un criterio uniforme sobre cuáles son esos requisitos constitucionales y cuáles resultan ser solamente de procedimiento.

Como prueba de ello, la STC 50/2000²⁶ incluye dentro de las exigencias constitucionales inexcusables, las siguientes: la prevención o reserva legal, la autorización judicial previa y motivada, la estricta observancia del principio de proporcionalidad y un control efectivo del desarrollo y cese de la medida.

²⁵ Incumplir los preceptos constitucionales para intervenir las comunicaciones telefónicas, sería aceptar que cualquier medio es válido para buscar la verdad; cuestión inaceptable para el TC, que en la STC 101/2012, de 27 de febrero, declaró que la justicia obtenida a cualquier precio, terminaba no siendo justicia.

²⁶ STC 50/2000, de 28 de febrero.

Esta clasificación es diferente a la de la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado sobre intervenciones telefónicas²⁷ donde se enseña que deben considerarse infracciones de alcance constitucional, las siguientes: la ausencia de motivación, la infracción del principio de proporcionalidad, la total indeterminación del tipo delictivo que motiva la intervención y la indeterminación del tiempo de la intervención.

De otra parte, dentro de los requisitos de legalidad ordinaria se encuentra el aporte de los resultados al juez que ordenó la medida y posteriormente, al juicio.

El control efectivo del desarrollo de la medida que la STC 50/2000 incluye como requisito constitucional, no aparece como tal en la Circular de la Fiscalía General del Estado. Esto se debe a que la necesidad de ejercer control sobre la medida surge en varios momentos: al ordenarse, durante su ejecución y al finalizar. Los dos primeros controles forman parte de los requisitos constitucionales, pero el control posterior forma parte del protocolo de la incorporación de los resultados de las escuchas al proceso, por que es un requisito de legalidad ordinaria²⁸.

Hechas las siguientes aclaraciones, la regulación actual de las interceptaciones telefónicas comprende los siguientes requisitos.

3.3.1. Previsión legal de la injerencia

Esta exigencia se encuentra en el texto mismo del art. 8 del CEDH. Para el TEDH, la mera existencia de la norma no basta para satisfacer este requerimiento; para ello, la ley debe ser acorde al sistema interno del estado; ser clara y asequible, es decir tener una calidad adecuada y por último, su aplicación debe obedecer a los fines legítimos expresados en el CEDH. Así las cosas, la previsión legal de la injerencia incluye las siguientes condiciones.

3.3.1.1. Existencia de una base de Derecho interno

Al hacerse referencia a que la previsión legal de la injerencia precisa de una base de derecho interno, debe tenerse en cuenta que existen sistemas donde las fuentes de derecho diferentes a la ley escrita tienen la misma prevalencia que aquella, como sucede en los sistemas de *common law*; por lo que cuando el CEDH hace

²⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 115.

²⁸ STS 647/2010, de 22 de junio, Ponente Sr. Joaquín Gimenez García.

referencia a la palabra “ley” está haciendo referencia a un sentido amplio de “ley” y no es indispensable que sea una ley escrita. Lo que es fundamental aquí, es que el tipo de ley que se trate —escrita o de derecho consuetudinario— sea acorde al sistema legal interno del estado que la adopte²⁹.

Este requisito del art. 8 CEDH se incorpora a la Constitución Española dentro del bloque de constitucionalidad, y encuentra eco en otras normas de la CE que han señalado que toda injerencia en materia de derechos fundamentales y libertades públicas precisa de una habilitación legal³⁰. Es así como, en el art. 81 CE, señala que las disposiciones que desarrollen los derechos fundamentales y de las libertades públicas debe aprobarse mediante leyes orgánicas, cuyo trámite exige la mayoría absoluta del Congreso y en el art. 53.1 CE, se indica que el ejercicio de los derechos y libertades de las personas vinculan a todos los poderes públicos y solo podrán regularse por ley y serán objeto de tutela.

El Tribunal Constitucional³¹ ha indicado que esa reserva de ley desempeña una doble función, ya que proporciona seguridad jurídica en la medida que asegura que los derechos de los ciudadanos no se vean afectados por una intrusión del estado que no había sido autorizada previamente por sus representantes y de otra parte, dado que los jueces están sometidos al imperio de la Ley, pueden actuar en cumplimiento de una ley por lo que necesitan que exista y que además, sea clara es decir, que exprese claramente todas las condiciones de la intervención.

3.3.1.2. Calidad de ley

No es suficiente que exista formalmente la ley, sino que el contenido de la misma deber ser preciso y claro para que la ley sea asequible³².

La STEDH, caso Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984, aclara que al exigir que la ley sea asequible, no se está pretendiendo que se avise a las personas mientras se les estén interviniendo sus comunicaciones, porque con ello acomodarían su conducta de acuerdo a este conocimiento. A lo que se refiere esta

²⁹ LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...*, *cit.*, pp. 42 y ss.

³⁰ STC 49/1999, de 5 de abril.

³¹ STC 49/1999, de 5 de abril.

³² MONTERO AROCA, Juan, *La intervención...*, *cit.*, p. 68, quien incluye en este punto las sentencias de los casos Kruslin y Hoving contra Francia, de 24 de abril de 1990, y Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998.

expresión es al conocimiento general sobre cuáles son las circunstancias generales y los requisitos *ex ante*, para que el poder público pueda hacer uso de esta medida secreta.

En este orden de ideas, el TEDH ha indicado que una ley asequible es aquella que es clara, que sea estable, pero también es la que se acomoda a las circunstancias, puesto que si se es excesivamente rígida tenderá a ser ineficaz. Consideramos que este es el reto de la regulación de las intervenciones telefónicas, ya que esta técnica de vigilancia implica un estrecho vínculo entre lo jurídico y lo tecnológico, y ambos extremos se desarrollan a velocidades muy diferentes, donde el trámite de una ley es más lento que la evolución de la tecnología³³.

De ahí que este trabajo proponga que lo que delimite a las intervenciones telefónicas que es la base de su regulación legal, se fundamente en sus características jurídicas propias y no en los detalles técnicos³⁴ que, como se vio al estudiar la evolución del aparato telefónico, se encuentran constantemente en evolución o cambio.

3.3.1.3. Finalidad constitucional legítima: que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática

De acuerdo con el texto del art. 8 CEDH, la finalidad es *legítima* cuando busca la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales y la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³³ Prueba de ello es que desde el año 2012 se ha discutido una gran reforma al procedimiento penal, y previamente a decidir sobre ella, se tuvo que presentar en marzo de 2015 un Proyecto de Ley Orgánica para ir modificando lo referente a las intervenciones de las comunicaciones y otros derechos fundamentales del art. 18 CE, mientras que la tecnología ha ido avanzando vertiginosamente en materia de telecomunicaciones.

³⁴ Como sucede en las jurisprudencias que hacen referencia al SITEL que se estudiarán más adelante.

Todos estos son bienes reconocidos en España³⁵, y a ellos se hace referencia a lo largo de la Constitución Española, comenzando desde el mismo Preámbulo³⁶; y, entre otras normas, en el art. 17.1 CE, que consagra la seguridad como un derecho fundamental, en el art. 53 CE y también en el art. 104.1 CE, que otorga a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la misión estatal de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y de garantizar la seguridad ciudadana, sin perjuicio de las funciones que en el mismo sentido tienen las Comunidades Autónomas y, dentro de éstas, se encuentra la Policía Judicial, que es la encargada de ejecutar las interceptaciones telefónicas³⁷.

Todas las finalidades antes descritas dan sustento a la sociedad democrática, requisito del art. 8 CEDH, sociedad democrática que se afecta ante un crimen, por

³⁵ STC 196/1987, de 11 de diciembre, y STC 325/1994, de 12 de diciembre.

³⁶ En el Preámbulo de la Constitución se puede leer como “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

– Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

– Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.

– Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

– Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

– Establecer una sociedad democrática avanzada, y

– Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”.

³⁷ Estas funciones de la Policía Judicial se encuentran desarrolladas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuyo art. 11.1 establece la función de prevenir la comisión de actos delictivos, investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables y procurar los medios para que el Estado pueda ejercer el *ius puniendi* por parte de los Jueces o Tribunales competentes.

De igual forma en el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana, se establece que la autoridades competentes podrán disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de los objetivos previstas en el art. 1 de la Ley, entre los que se encuentra la prevención de la comisión de delitos.

lo que se necesitan herramientas en contra del delito, como las intervenciones telefónicas.

Tal como lo reconoció la STEDH Klass y otros contra Alemania, de 6 de septiembre de 1978, el TEDH ha reconocido que las sociedades democráticas se encuentran amenazadas por complejas formas de delincuencia —como el terrorismo—, por lo que deben contar con herramientas para su defensa, siendo la intervención o “vigilancia” de las comunicaciones uno de estos instrumentos.

La finalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas pueden ser las siguientes:

– Establecer la existencia y las circunstancias particulares un delito, pues como lo señalan VILABOY LOIS y NOYA FERREIRO³⁸, las intervenciones telefónicas constituyen una medida de investigación útil para esclarecer los hechos delictivos, a lo que podría agregarse que su utilidad tiene relevancia para el caso de las investigaciones de crímenes realizados por la criminalidad organizada donde se impone la cultura de la supresión de la prueba³⁹.

– Establecer la culpabilidad o la inocencia del investigado, puesto que los resultados de las escuchas pueden exonerarlo de toda responsabilidad. Al respecto, e independiente que se aplique un sistema procesal acusatorio o inquisitivo, ROXIN⁴⁰ recuerda como el fin del proceso penal no solo se centra en en la condena del procesado sino que también procura la protección del inocente, preservando al inculpado de una intervención injusta del órgano de persecución penal.

– Recibir una noticia criminis de otros delitos, sean o no conexos a aquel del cual se tenían indicios al momento de solicitar y ordenar la intervención telefónica, como se verá más adelante, el resultado de las escuchas puede incluir informaciones sobre otros delitos y si estos no están comprendidos dentro de los señalados en el art. 558 ter a LECD, tal información conserva su utilidad como noticia criminis y será el punto de partida de nuevas investigaciones.

– Localizar al responsable —tal y como sucede en la legislación Colombiana en el art. 235 de la Ley 906/2004—.

³⁸ VILABOY LOIS, Lotario, NOYA FERREIRO, Lourdes, *La intervención...*, cit., pp. 9 y 10.

³⁹ DELGADO, Joaquín, *Criminalidad...*, cit., p. 25.

⁴⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal...*, cit.

– Conocer la localización de la víctima para efectos de su rescate, este ámbito de aplicación de las interceptaciones telefónicas fue introducido en el art. 588 ter b LECR, colmando un vacío que presentaba el anterior art. 579 LECR para los eventos donde la víctima se encontraba secuestrada o desaparecida y por tanto, no podía prestar su consentimiento para proceder a la intervención de su teléfono y sin embargo, dicha interceptación podía ser el medio ideóneo para dar con su paradero y proceder a su rescate. Si bien es cierto que ante este vacío podría haberse considerado que las autoridades estarían obrando en cumplimiento de un deber constitucional, consagrado en el art. 9.2 CE o que su actuación podría haber estado amparada por las circunstancias del estado de necesidad, ante la urgencia del rescate; el menor daño que se causa al intervenir ese teléfono sin consentimiento ni base legal expresa, en contraposición con la protección de la víctima y el hecho de que esta no tenía la obligación legal de soportar su secuestro o desaparecimiento, lo correcto es contar con una ley que consagre expresamente esta posibilidad, de acuerdo a las lecciones aprendidas a raíz de las comentadas STEDH Valenzuela Contreras y Prado Bugallo.

– Interrumpir el curso de una comunicación por razones de seguridad y evitar que se realice un delito —así lo permite el art. 236 del Código de Procedimiento Penal de la Nación de Argentina—.

– Aportar pruebas documentales o hechos indicadores para construir indicios, para que obren dentro del juicio penal, tema que se tratará en el próximo capítulo.

Ahora bien, para que la intervención telefónica tenga cabida en una sociedad democrática, es necesario que su adopción se reserve a la actuación judicial⁴¹ y que haya un control de resultados —parciales y totales—.

3.3.2. Reserva judicial

La misma Constitución señala que el derecho al secreto de las comunicaciones no es absoluto: permite restricciones, las cuales dependen de una resolución

⁴¹ DÍAZ REVORIO, Javier, *El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional español*, Instituto de Investigación de la UNAM, p. 138 (www.juridicas.unam.mx).

judicial⁴², decisión con la que se espera que esta medida restrictiva de un derecho fundamental no sea manipulada políticamente⁴³.

Este requisito de la Constitución refuerza la condición que impone el art. 8 CEDH a las escuchas telefónicas, cuando indica que debe existir una sociedad democrática, en contraste con una sociedad arbitraria. La única excepción a esta regla del art. 18.3 CE la plantea el art. 55 CE para los casos de terrorismo, donde el Ministro del Interior o en su defecto el Secretario de Estado de Seguridad pueden ordenar la interceptación telefónica, pero aun así, en estos casos se necesita que un Juez refrende posteriormente la orden proveniente del poder ejecutivo, dentro de un plazo máximo de setenta y dos horas, según lo indica el art. 588 ter d.3 LECR⁴⁴.

Tratándose de las escuchas en materia penal, el competente para emitir esta decisión es el Juez de Instrucción del territorio donde se desarrolle la investigación⁴⁵, aunque si la investigación le lleva a tener que intervenir teléfonos fuera de su jurisdicción podrá hacerlo con auxilio judicial, conforme lo indican los arts. 274 LOPJ, 184 y 322 LECR; de la misma forma puede proceder el Juez Central de Instrucción.

MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y BARONA VILLAR⁴⁶ indican que el Poder Judicial, y por ende la jurisdicción, constituye un poder público independiente que se distingue de la Administración. Este planteamiento general cuenta con una

⁴² LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 26.

⁴³ En este sentido no importa el nombre de la autoridad que autoriza la intervención, sino que pertenezca a la rama judicial del poder público. Tal es el caso de Colombia donde las intervenciones telefónicas son autorizadas por la Fiscalía General de la Nación, pero dicha entidad pertenece a la rama judicial del poder público, como se observa en la Constitución Política, en el capítulo VI del Título VIII, denominado "De la Rama Judicial".

⁴⁴ En Alemania, el art. 98 StPO señala que en casos de urgencia el fiscal puede autorizar la interceptación telefónica para no perjudicar la investigación. Esta orden debe ser refrendada por el juez en un plazo de tres días.

⁴⁵ De acuerdo a LO 2/2002, de 6 de mayo, un Magistrado del Tribunal Supremo autoriza las intervenciones telefónicas de las investigaciones de inteligencia.

⁴⁶ BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., posición 276/6505.

excepción en la Constitución Política colombiana, concretamente, en el art. 116⁴⁷ que otorga jurisdicción excepcional a diferentes autoridades administrativas, entre ellas al Procurador General de la Nación, situación que tiene especial relevancia respecto de las escuchas telefónicas.

La Procuraduría General de la Nación de Colombia es una entidad autónoma e independiente de las ramas del poder público, y su titular es nombrado por el Congreso Nacional. Es una institución *suis generis*, diferente a la Fiscalía General de la Nación, que es el ente de instrucción y acusación; no obstante, hasta la creación de la Fiscalía por la Constitución de 1991, a los funcionarios de la Procuraduría que participaban en el proceso penal se les conocía como fiscales. Con la creación de la Fiscalía General de la Nación por parte de la Constitución de 1991 la Procuraduría General adquirió un papel prevalente y preferente como juzgador disciplinario de los servidores públicos.

En concordancia con el art. 116.3 de la Constitución Política Colombiana, el art. 135 de la Ley 200/1995⁴⁸ señala que el Procurador General de la Nación tiene facultades jurisdiccionales en cuestiones disciplinarias y que, en desarrollo de éstas, puede dictar las providencias necesarias que le permitan a la Policía Judicial

⁴⁷ Art. 116 CPC: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁴⁸ Art. 135 Ley 299/1995, de 28 de julio, de Colombia —antiguo CDU—: “Funciones jurisdiccionales del Procurador General de la Nación: de conformidad con lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Política, para efectos del ejercicio de las funciones de policía judicial establecidas en el inciso final del art. 277 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar como en investigación disciplinaria que adelanten los funcionarios competentes de la Procuraduría General de la Nación”.

disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, asegurar y practicar las pruebas dentro del proceso disciplinario⁴⁹.

Este artículo fue declarado por la Corte Constitucional conforme a la Constitución, en la Sentencia C 244/1996⁵⁰, que además consideró que las

⁴⁹ Esta norma se mantiene en el actual CDU (Ley 934/2002). En su art. 148 se indica: “Atribuciones de la policía judicial: De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del art. 277 de la Constitución Política, para el cumplimiento de sus funciones, la Procuraduría General de la Nación tiene atribuciones de policía judicial. En desarrollo de esta facultad, el Procurador General y el Director Nacional de Investigaciones Especiales podrán proferir las decisiones correspondientes

El Procurador General de la Nación podrá delegar en cualquier funcionario de la Procuraduría, en casos especiales, el ejercicio de atribuciones de policía judicial, así como la facultad de interponer las acciones que considere necesarias. Quien hubiere sido delegado podrá proferir las decisiones que se requieran para el aseguramiento y la práctica de pruebas dentro del proceso disciplinario.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Política, para efecto del ejercicio de las funciones de Policía Judicial establecidas en el inciso final del art. 277, el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal”.

⁵⁰ Sentencia C 244/1996, de 30 de mayo, de la Corte Constitucional de Colombia, Ponente Sr. Carlos Gaviria Díaz: “Como para el aseguramiento de las pruebas en procesos disciplinarios se podrían cumplir actos como el registro de correspondencia, la interceptación de teléfonos, la vigilancia electrónica, etc., los cuales están íntimamente relacionados con la restricción de ciertos derechos fundamentales, es indispensable que sean ordenados por autoridad judicial; de ahí que se haya atribuido a la Procuraduría en la norma que es objeto de acusación (artículo 135 de la Ley 200 de 1995) funciones jurisdiccionales, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 116 de estatuto superior que prescribe: ‘excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos’; requisitos que se cumplen en el caso que se examina, pues la Procuraduría General de la Nación, a pesar de ser un organismo de control independiente y autónomo, es de carácter administrativo, y se le atribuyen funciones jurisdiccionales para un asunto concreto, como es la expedición de las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas, en la indagación preliminar, al igual que en la investigación disciplinaria”.

“Es importante advertir al Procurador General de la Nación y a los demás funcionarios de esta entidad que en ejercicio de las funciones a que alude la norma demandada deben respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos disciplinarios, haciendo uso de las funciones de Policía Judicial única y exclusivamente en casos absolutamente necesarios, para asegurar o practicar pruebas. La arbitrariedad y el mal uso, por parte de tales

intervenciones telefónicas eran medios de prueba en el proceso disciplinario, no obstante estuvieran señaladas expresamente dentro de los que se enumeran en el art. 130.3 del CDU. La sentencia “legisló” que el Procurador General de la Nación podía ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas sin control alguno de un funcionario de la rama judicial. Esta postura se ha venido respaldando posteriormente en los Tribunales —llamados “Cortes”—⁵¹ y de esta forma ha aplicado, como se indica en el fallo de primer grado de 29 de julio de 2004 de la Viceprocuraduría General⁵².

Cabe anotar que, a diferencia de muchas legislaciones incluyendo la española, el art. 48 del Código Disciplinario Único trae un amplio listado de faltas disciplinarias gravísimas, dentro de las que se incluyen conductas punibles sancionadas a título de dolo en el Código Penal, como lo son los delitos de lesa humanidad y los delitos relacionados con la corrupción; pero, de igual forma, la norma también tipifica otro tipo de faltas, como la indebida participación en política por parte de los servidores públicos, y faltas leves y graves, por lo que en todos estos casos también puede ser viable la intervención de las comunicaciones.

funcionarios, de dichas atribuciones, les acarrearán las sanciones penales y disciplinarias para estos casos”. En el mismo sentido la C 1121/2005, de 1 de noviembre, Ponente Sr. Humberto Sierra Porto.

⁵¹ Sentencia del Consejo de Estado de Colombia, 29 de abril de 2005: “En materia disciplinaria, el art. 148 de la Ley 734 asignó a la Procuraduría General de la Nación atribuciones de Policía Judicial. Esta norma corresponde exactamente al mismo texto del art. 135 de la Ley 200 de 1995, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C 244 de 1996”. “...Al contar la Procuraduría con atribuciones de policía judicial que le permiten, entre otras medidas, disponer la interceptación de llamadas, y al no observarse con las pruebas allegadas que en los casos en los que se ordenó, se hubiera incurrido en arbitrariedad o mal uso de la información recolectada como consecuencia de la interceptación de líneas telefónicas, las que, por lo demás, fueron autoridades para el Procurador General de la Nación y ordenadas dentro de indagaciones preliminares, adelantadas por violación al régimen contractual, con el fin de asegurar y practicar pruebas, no se vislumbra al ocurrencia de ningún hecho sancionable disciplinariamente”.

⁵² Fallo de primera instancia de 29 de julio de 2004, de la Viceprocuraduría General de la Nación de Colombia: “Queda claro entonces que la Procuraduría sí tenía competencia para disponer las interceptaciones telefónicas, que lo hizo dentro de los parámetros legales, en consecuencia, improcedente resulta el derecho de la nulidad impetrada”.

Según FARFÁN MOLINA⁵³, los presupuestos de la autorización son los siguientes:

1) Sólo proceden por autorización del Procurador General, cuya competencia es indelegable, independiente y autónoma.

2) Debe ajustarse a las siguientes disposiciones del Código de Procedimiento penal, Ley 600 de 2000⁵⁴:

a) se practica bajo estricta reserva, obligación que se extiende a quienes adelanten las intervenciones;

b) no se pueden interceptar las comunicaciones con el defensor;

c) sus resultados deben trasladarse al proceso disciplinario mediante certificación jurada del funcionario de Policía Judicial disciplinario.

3) A pesar de los límites anteriores, la orden no tendrá los controles previstos en la Ley 906 de 2004⁵⁵, porque el procedimiento disciplinario es de tendencia inquisitiva y esta Ley, de tendencia acusatoria. Por lo anterior, a la interceptación de comunicaciones en el proceso disciplinario no se le aplicarían los límites del art. 235 de esta ley procesal penal⁵⁶, que son:

⁵³ FARFÁN MOLINA, Francisco, *Interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2008, pp. 122 y ss.

⁵⁴ La Ley 600/2000 consagra el procedimiento penal de tipo inquisitivo aún vigente en Colombia para algunos procedimientos como los que adelanta a Corte Suprema de Justicia en contra de los Congresistas.

⁵⁵ La Ley 906/2004 consagra el procedimiento penal de tipo acusatorio.

⁵⁶ Art. 235 de la Ley 906/2004 de Colombia, modificado por el art. 15 de la Ley 1142 de 2007, y modificado por el art. 52 de la Ley 14 de 2011: "Interceptación de comunicaciones telefónicas y similares: el fiscal podrá ordenar, con el único objeto de buscar elementos materiales probatorios y evidencia física, que se intercepten mediante grabación magnetofónica, o similares las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético, cuya información tengan interés para los fines de la actuación. En este sentido, las entidades encargadas de la operación técnica de la respectiva interceptación tienen la obligación de realizarla inmediatamente después de la notificación de la orden.

En todo caso, deberá fundamentarse por escrito. Las personas que participen en estas diligencias se obligan a guardar la debida reserva.

Por ningún motivo se podrán interceptar las comunicaciones del defensor.

La orden tendrá una vigencia máxima de tres (3) meses, pero podrá prorrogarse hasta por otro tanto si, a juicio del fiscal, subsisten los motivos fundados que la originaron".

- a) tener por finalidad única de buscar evidencias o elementos materiales probatorios en el proceso penal;
- b) estar fundamentada por escrito;
- c) contar con un plazo máximo que es de tres meses prorrogables; y
- d) someter los resultados a control judicial posterior.

Retomando el planteamiento inicial, consideramos que la jurisdicción, como presupuesto indispensable para ordenar la limitación de derechos fundamentales, puede ser permanente u ocasional, pero en este caso, el Procurador General de la Nación de Colombia no cuenta con esta facultad por carencia está de una Ley Estatutaria —Orgánica— que consagre expresamente esta injerencia.

El sistema legal de Colombia es el *civil law*, donde la labor de la jurisprudencia como fuente de Derecho tiene unos límites, que consideramos han sido traspasados por la Sentencia C 244/1996, máxime que el art. 135 de la Ley 200/1995, que era la materia de estudio de esta decisión, ni siquiera menciona las intervenciones telefónicas, como tampoco lo hace el art. 130 CDU, de tal manera que las intervenciones telefónicas simplemente “brotan” en la sentencia de la Corte Constitucional, en una extralimitación de la labor jurisprudencial de crear derecho.

Por esta razón, en caso que así se desee, se necesita de una ley que permita y regule las intervenciones telefónicas para asuntos disciplinarios, que no se suple con el Manual de Policía Judicial interno que existe actualmente. Tampoco satisface esa necesidad de Ley el texto del inciso 3 del art. 207 del Proyecto de Ley que modifica el Código Disciplinario Único, el cual apenas indica que de conformidad con lo dispuesto en el art. 116 de la CPC el Procurador General de la Nación tendrá atribuciones jurisdiccionales para ejercer la función disciplinaria, en desarrollo de las cuales podrá dictar las providencias necesarias para el aseguramiento y práctica de pruebas en el trámite procesal. El texto del Proyecto es totalmente ambiguo, por cuanto no se indican cuáles son esas diligencias necesarias para asegurar las pruebas que puede realizar la policía judicial disciplinaria por orden del Procurador General, pero al interpretar esa norma con lo dispuesto en la C 244/1996, las interceptaciones telefónicas se integran dentro de dichas facultades.

Adicionalmente, consagrar la injerencia de un derecho fundamental sin límite alguno, como lo propone la doctrina citada, abre un camino peligroso para

vulnerar este derecho fundamental⁵⁷, puesto que puede llegar fácilmente a intervenciones telefónicas de forma arbitraria o excesiva, e incluso de índole política, si se utilizara en las investigaciones por la falta disciplinaria de la indebida participación en política por parte del servidor público.

Para cerrar este tema, el Tribunal Supremo⁵⁸ ha rechazado la posibilidad de que los resultados de una intervención telefónica puedan ser utilizados dentro de un proceso disciplinario, por considerar que se excede el principio de proporcionalidad. El que no se puedan utilizar los resultados de las escuchas telefónicas en un proceso disciplinario por ser desproporcionadas, excluye igualmente, la posibilidad de ordenar esta medida en estos procesos —además por ausencia de reserva judicial—. Consideramos que aun si se consagrara en la legislación colombiana de manera directa, se tendría que aplicar el mismo criterio, puesto que el principio de proporcionalidad, como principio que abarca la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, es universal.

⁵⁷ Art. 15 Constitución Política de Colombia: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este art. incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

⁵⁸ STS de 29 de enero de 2015, Ponente Sr. Jacobo López Barja de Quiroga: “En el presente caso, la desproporcionalidad es evidente, pues una intervención telefónica en modo alguno puede ser utilizada para investigar una infracción administrativa”.

3.3.2.1. Delitos por los cuales se procede

De acuerdo al art. 588 ter a LECR, las intervenciones telefónicas solo proceden para la investigación de los siguientes delitos:

- 1) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos tres años de prisión;
- 2) delitos cometidos al interior de un grupo u organización criminal;
- 3) delitos de terrorismo; y
- 4) delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Con anterioridad a esta disposición, no existía en el ordenamiento procesal penal español esta delimitación, cuestión que fue objeto de crítica por parte del TEDH dentro de las sentencias proferidas en contra del país. Sin embargo, la doctrina ya había planteado que esta medida solo procedía por delitos graves porque limitaba derechos fundamentales y, por tanto, no era viable para investigar los delitos de bagatela⁵⁹, pues si se utilizara de esa forma la medida sería desproporcionada⁶⁰.

Al igual que la doctrina, la jurisprudencia, a partir de la ATS de 18 de junio de 1992, decisión donde se plantearon las primeras pautas en la materia. Sin embargo, a pesar de este acuerdo entre la doctrina, para la jurisprudencia este término de “delitos graves” resultaba genérico, por lo que no era suficiente para cumplir con las exigencias de la calidad de ley que menciona el TEDH.

Ante este vacío generado antes de la reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, se dieron varias fórmulas para interpretar lo qué se debía entender por “delito grave”, y una de ellas consistió en la remisión al Código Penal, ya que este trata el tema de los “delitos graves” en los arts. 13 y 33.1 CP.

Esta interpretación, por remisión al Código Penal, fue rechazada por gran parte de la doctrina.

⁵⁹ VILABOY LOIS, Lotario, NOYA FERREIRO, Lourdes, *La intervención...*, cit., p. 25.

⁶⁰ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 12.

MARTÍN MORALES⁶¹ consideró que para determinar esa gravedad debían considerarse varios factores, tales como el impacto social y la gravedad jurídica. Por su parte, VILABOY LOIS⁶² indicó que la gravedad de la medida se refiere al tipo de delito y no al tipo de imputación.

La relevancia social de la conducta delictiva, en lugar del *quantum* de la pena, fue el criterio acogido por la jurisprudencia, de donde cabe resaltar la STC 104/2006⁶³, que señaló que era procedente intervenir teléfonos para investigar los delitos informáticos contra la propiedad intelectual, habida cuenta su trascendencia, aunque su punibilidad fuera menor a la señalada por el Código Penal para los delitos graves.

La Fiscalía General del Estado en 2013⁶⁴ se planteó que la remisión a los derogados arts. 13 y 33.1 CP no era afortunada, por cuando suponía cortar de raíz la posibilidad de investigar conductas que tenían gran trascendencia social pero que no se enmarcaban como delitos graves por tener una punibilidad menor; por ello, la Circular instruye a los Fiscales que al momento de interpretar el alcance de lo que se debería entender como delito grave den una interpretación más amplia y razonable a dicha expresión, en lugar de remitirse a lo que indicaba en el Código Penal sobre el asunto.

En conclusión, la reforma de la LO 13/2015 viene a llenar un vacío legislativo sobre el cual se había pronunciado el TEDH en dos casos concretos contra España: Valenzuela Contreras y Prado Bugallo, y acude a un *quantum* de punibilidad que es un criterio concreto, pero a su vez, es acorde a lo que habían señalado la Circular 1/1013 de la Fiscalía General del Estado con relación a los delitos informáticos.

3.3.2.2. Necesaria existencia de un proceso penal

La posibilidad de adoptar la medida de intervención de un teléfono fuera de un proceso penal no tiene cabida a la luz de la actual legislación, por cuanto el art.

⁶¹ MARTÍN MORÁLES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 148.

⁶² VILABOY LOIS, Lotario, NOYA FERREIRO, Lourdes, *La intervención...*, cit., p. 22.

⁶³ STC 104/2006, de 3 de abril. En el mismo sentido, la STC 14/2001, de 29 de enero, y la STS 31 de octubre de 1994, Ponente Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, donde el criterio sobre la gravedad del delito se basa en la pureza de la droga incautada y no en la cantidad de la misma.

⁶⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 52.

588 bis a LECR advierte que las medidas de interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos, se dictan durante la instrucción de la causa, y por un delito concreto, por lo que de entrada se está indicando que tiene que haber un proceso penal en curso.

Con anterioridad a que la LO 13/2015 reformara la Ley de Enjuiciamiento Criminal con esta disposición, la jurisprudencia había marcado esta misma pauta. Así, en el ATS de 18 de junio de 1992⁶⁵, se había señalado que el juez tenía que otorgar la autorización de intervenir comunicaciones dentro de un proceso penal abierto o que se abriera en razón de la solicitud de la Policía Judicial, y había agregado que no cabían las escuchas predictivas o prospectivas.

En el mismo sentido, la STC 197/2009⁶⁶ había establecido que las intervenciones telefónicas que se hubieran decretado dentro de diligencias indeterminadas eran válidas siempre y cuando se hubieran realizado dentro de un proceso penal. Y de la STS 301/2013⁶⁷ puede extraerse que lo importante no es el nombre de la etapa procesal en que se practique la medida, sino el hecho de que esta tenga lugar dentro de un proceso penal en curso o que se abra a raíz de la solicitud de la Policía, lo cual es factible porque esta petición debe ir acompañada de indicios objetivamente respaldados, y se convierte en una pieza procesal suficiente para que el Juez pueda proceder a abrir un procedimiento judicial.

3.3.2.3. Principios rectores de la interceptación telefónica

Dentro de los principios generales aplicables a las intervenciones telefónicas y a otros actos de investigación tecnológicos, la LO 13/2015 señala expresamente que la autorización judicial que las precede debe dictarse con plena sujeción a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

⁶⁵ ATS, de 18 de junio de 1992, Ponente Sr. Enrique Ruiz Vadillo.

⁶⁶ STC 72/2010, de 18 de octubre.

⁶⁷ STS 301/2013, de 18 de abril, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Para la aplicación de estos principios, debe haber claridad respecto de la naturaleza de la intervención a realizarse y por tanto, del medio empleado; de ahí la importancia de definir las características propias de cada medida de investigación, en especial, de las interceptaciones telefónicas. De igual forma, la aplicación de estos principios no puede llevarse a cabo sin haberse definido previamente el delito por el que se procede⁶⁸.

3.3.2.3.1. Principio de excepcionalidad

El art. 588 bis a.4 LECR señala que, conforme a este principio, sólo podrá acordarse la medida cuando no puedan aplicarse medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado, o cuando los objetivos de la investigación se dificulten gravemente si no se recurre a este medio de investigación.

Este principio había sido señalado en la jurisprudencia española⁶⁹, y su aplicación es acorde con la sociedad democrática que predica el art. 8 CEDH. Así lo había expresado la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, al disponer que conforme a la excepcionalidad de la medida sólo habría de adoptarse cuando no existiera otro medio de investigación del delito que fuera de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo⁷⁰.

Por esta razón el uso de este medio de investigación no debe ser la regla general sino la excepción y por ello se la limita a la investigación de delitos graves y previa realización de un riguroso análisis de su viabilidad. De ahí que deba exigirse a la Policía Judicial que antes de solicitar la correspondiente autorización para proceder a intervenir teléfonos haya efectuado otras investigaciones o valoraciones objetivas dentro de un plan de investigación.

⁶⁸ CLERICÓ, Laura, “El examen de la proporcionalidad; entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En: *El principio de proporcionalidad en el estado constitucional*, Miguel Carbonell coord., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, versión kindle, 2007, posiciones 1692 y ss., Posición 1692.

⁶⁹ STS 877/2014, de 22 de diciembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. En el mismo sentido *vid.* el ATS de 18 de junio de 1992.

⁷⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 18.

Entre estas diligencias cabe resaltar la averiguación del número del abonado telefónico, del IMEI o del IMSI, que como ya se indicó no requieren de orden judicial previa, o las vigilancias en lugares abiertos, que conforme lo indica el art. 588 quinquies a LECR tampoco requieren de dicha autorización, aun cuando afecten a personas no investigadas. De igual forma, a través de las oficinas de registro público, establecer los bienes del investigado.

3.3.2.3.2. Principio de especialidad

La excepcionalidad se enlaza con el principio de especialidad que la LO 13/2015 integró a la LECR en el art. 588 bis a.2, y que consiste en que la medida debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, por lo que no podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.

El texto original del Anteproyecto de la LO 13/2015 no utilizaba la expresión “sospechas sin base objetiva”, sino que se refería las investigaciones prospectivas.

Sin embargo, estas dos expresiones delitos o sospechas sin base objetiva, por un lado, y prospectivas, por el otro, aparecen equiparadas en la STS 513/2010⁷¹, que señala que cuando la Policía Judicial solicite al juez intervenir unas comunicaciones, debe señalar los datos objetivos —o la base objetiva—del delito que pretende descubrir para evitar que se trate de intervenciones telefónicas prospectivas, que son propias de las labores de inteligencia, que no se clasifican como intervenciones telefónicas en materia criminal. El numeral 2 del art. 588 bis b 2 LECR hace alusión a esos indicios.

Por último, la aplicación de este principio no excluye la posibilidad de proceder ante nuevos hechos delictivos, ya que durante la ejecución de las intervenciones pueden irrumpir hechos nuevos, conexos o no conexos al delito base, que se convierten en una *notitia criminis* que debe investigarse. Ese nuevo

⁷¹ STS 513/2010, de 2 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: “Y ello a fin de excluir que se trate de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/99 de 5.4, 166/99 de 27.9, 167/2002 de 18.9, 259/2005 de 24.10, 253/2006 de 11.9, 197/2009 de 28.9)”.

descubrimiento no vulnera el principio de especialidad, por que se trata de un hecho adicional —una suma o adición— a aquel por el cual se estaba procediendo inicialmente⁷².

3.3.2.3.3. Principio de idoneidad

El art. 588 bis a 3 LECR señala la idoneidad como uno de los principios rectores de las interceptaciones telefónicas, y lo relaciona con la utilidad de la medida.

Este principio también es conocido como “principio de adecuación”, en razón a que toda limitación de los derechos fundamentales debe ser *adecuada* para contribuir a la obtención de un fin constitucional legítimo⁷³.

La idoneidad, junto con la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, conforman el principio de proporcionalidad en sentido general⁷⁴.

La idoneidad de la medida marca su adopción y permanencia, y se evalúa de manera diferente a lo largo de sus etapas: al momento de ordenarla, la evaluación se produce *ex ante* a través de los indicios de la solicitud de la intervención telefónica⁷⁵, de tal manera que si las escuchas telefónicas no son aptas para el fin perseguido no se justifica su intervención⁷⁶.

Una vez puesta en marcha, durante su ejecución, al efectuarse los controles ordinarios, el Juez debe volver a determinar, *ex post*, si la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones del afectado está siendo idónea y, en caso en que detecte que no lo es ni lo será, deberá finalizar la interceptación en ese instante, aunque no se haya vencido el término fijado en la autorización. De igual forma debe procederse para efectos de disponer si se prorrogará la interceptación⁷⁷. A la

⁷² STS 818/2011, de 21 de julio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁷³ BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Tercera Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 693.

⁷⁴ ALEXY, Robert, “Los Derechos Fundamentales y el principio de proporcionalidad”. En: *Derecho Constitucional*, Año 3, No. 91, 2011, pp. 13 y ss.; y BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio...*, *cit.*, pp. 692 y 693.

⁷⁵ SSTS 712/2012, de 26 de septiembre, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez; 751/2012, de 28 de septiembre, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

⁷⁶ VILABOY LOIS, Lotario, y NOYA FERREIRO, Lourdes, *La intervención...*, *cit.*, p. 142.

⁷⁷ STC 49/1999, de 5 de abril. La sentencia sienta esta tesis sobre todos los sub principios de la proporcionalidad.

vista de ello, se reputa fundamental la participación activa del juez en estos controles y que estos no sean una simple ritualidad.

Finalmente, la idoneidad de la limitación del derecho fundamental tiene que enlazarse con su excepcionalidad, y esto lo modera el principio de necesidad, que se estudiará a continuación.

3.3.2.3.4. Principio de necesidad

El art. 588 bis a.4 LECR dispone que, en aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad, las intervenciones telefónicas sólo podrán acordarse cuando no estén disponibles otras medidas gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito, se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.

Ya con anterioridad a esta norma, la STC 49/1999⁷⁸ había indicado que la idoneidad y la necesidad marcaban la racionalidad de la intervención telefónica. Al igual que sucede con la idoneidad, el principio de necesidad debe reevaluarse en cada control y cotejarse con los otros medios de investigación que se practican de manera simultánea a las escuchas telefónicas, puesto que la información que estos aportan puede ser suficiente para esclarecer los hechos, sin que sea necesario continuar con la intervención de las comunicaciones.

Este principio presupone que las intervenciones telefónicas no hayan sido la primera medida de investigación penal que se haya considerado, porque para evaluar si la medida es necesaria debe compararse su efectividad con la de otros medios de investigación menos invasivos y alternativos, sobre todo, que no tengan injerencia en los derechos de personas ajenas a la investigación⁷⁹.

⁷⁸ SSTC 49/1999, de 5 de abril; 123/1997, de 1 de julio; 154/2002, de 18 de julio; 70/2002, de 3 de abril.

⁷⁹ STC 184/2003, de 23 de octubre.

3.3.2.3.5. Principio de proporcionalidad

Para la Fiscalía General del Estado⁸⁰, la proporcionalidad de la medida implica que sólo habrá de adoptarse en el caso de “delitos graves”.

En el mismo sentido se expresa el apartado 5 del art. 588 bis a LECR, en el que se señala que para que la medida se reputa como proporcionada deben ponderarse los intereses que se hallan en conflicto y la valoración del interés público se basa en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

Sobre el principio de proporcionalidad en materia de intervenciones telefónicas, la STC 49/1999⁸¹ había resaltado que éstas se justifican, tanto en su regulación legal como en su práctica, cuando se limitan a un fin constitucionalmente legítimo —en los términos del art. 8 CEDH—, pero solo en la medida en que sacrifiquen el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones en lo estrictamente necesario y que resulten proporcionadas a ese sacrificio.

En la STS 454/2015⁸², dictada en un caso de robo con violencia e intimidación en cuya investigación se practicaron escuchas telefónicas, el Tribunal Supremo consideró que esa medida carecía de proporcionalidad por cuanto la penalidad del delito era de 2 a 5 años prisión y, por lo tanto, se trataba de un delito menos grave conforme al —derogado— art. 33.3 a) CP.

La Sentencia agregó que si bien el art. 579 LECR no recogía un catálogo de delitos respecto de los cuales debían proceder las escuchas telefónicas, se debía acoger como parámetro de referencia lo dispuesto en el art. 282 LECR, que regula el agente encubierto, el cual establece que tal mecanismo invasivo debe ser de aplicación restrictiva a las formas más graves de criminalidad.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones y otros derechos e intereses del investigado, que impone la

⁸⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 19.

⁸¹ STC 49/1999, de 5 de abril. En el mismo sentido las SSTC 123/1997, de 1 de julio de 1997, y 154/2002, de 18 de julio de 2002.

⁸² STS 454/2015, de 10 de julio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

intervención telefónica, no puede ser superior al beneficio para el interés público y terceros, que surge al esclarecerse un crimen relevante.

Nuevamente, deberá revisarse que esta proporción se mantenga durante la ejecución de la intervención telefónica, conforme sean los resultados que esta medida vaya arrojando, y si ese balance se pierde deberá dársele fin.

3.3.2.4. Contenido de la primera solicitud de intervención telefónica elevada al órgano judicial

La LO 13/2015 ha introducido requisitos concretos que van más allá de los indicios objetivos comprobables dentro de las disposiciones generales mencionados en el anterior art. 579 LECR.

El art. 588 bis b LECR señala que cuando la petición provenga de la Policía Judicial o del Fiscal, deberá contener los siguientes datos:

1) La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos. Y ello porque la función de las intervenciones telefónicas es establecer estos datos, de ahí que se permita que no sean conocidos al momento de presentarse la petición. Dentro del objeto de investigación, cabe anotar que además del teléfono del investigado, o el del tercero, también puede interceptarse el teléfono de la víctima⁸³.

2) La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia. Este requisito estaba en el derogado art. 579 LECR.

A este respecto, la jurisprudencia y la doctrina indicaron que no bastaba con la simple manifestación policial, sino que debía estar acompañada de algún otro dato que permitiera al juez valorar, dentro del criterio de proporcionalidad, la razonabilidad de su decisión.

⁸³ STC 145/2014, de 22 de septiembre.

El Tribunal Supremo manifestó en reiteradas ocasiones⁸⁴, que como los indicios referidos en el derogado art. 579 LECR apenas aparecían en la etapa inicial de la investigación criminal, no eran verdaderas pruebas sino que constituían un punto de partida para una investigación y por ese motivo, requerían apenas de una mínima razonabilidad, pero en todo caso debían estar acompañados de algún otro dato que permitiera al juez dicha valoración, dentro de la proporcionalidad y racionalidad de su decisión y más allá de la simple manifestación policial⁸⁵.

La presencia de estos indicios implica que la policía ha adelantado diligencias previas de investigación antes de proceder a solicitar la intervención telefónica; entre estas, realizar vigilancias, establecer las fuentes de entrada lícitas del investigado, su patrimonio, el número de teléfono utilizado, entre otras circunstancias, referidas en el STS 382/2015⁸⁶ como elementos objetivos indiciarios.

⁸⁴ STS 94/2007 de 14 de febrero, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: “La sentencia de esta Sala 1090/2005 de 15.9 recuerda en lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes que hemos exigido en resoluciones anteriores (STS. 75/2003 de 23.1 entre otras) que "consten los indicios que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso. En este sentido, no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, como recuerda la STS de 25 de octubre de 2002, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 setiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en ese caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de derechos y libertades efectivos". En el mismo sentido la STS 1215/2009, de 30 de diciembre, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.

⁸⁵ MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., p. 107.

⁸⁶ STC 382/2015, de 11 de junio: “La STC 299/2000, como recuerda la 167/2002, apunta igualmente a este respecto que «el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa». Por ello habrá que indicar al menos en qué han consistido las

Ahora bien, por regla general se tiene que estos elementos objetivos indiciarios deben ser conocidos por el juez de instrucción y obrar como prueba dentro del juicio; sin embargo, las STS 1393/2003⁸⁷ y 112/2012⁸⁸ han indicado que la validez constitucional de una medida de injerencia de los derechos fundamentales, no puede depender de que la policía explique al juez instructor el origen de todas y cada una de sus actuaciones, pues efectivamente, esto no siempre es posible, como sucede con las fuentes confidenciales de información, útiles como medios de investigación mas no como pruebas de cargo en el juicio⁸⁹.

En este caso, los encargados de la investigación deben confirmar por otros medios menos dudosos la información recibida, que equivale a una *notitia criminis* —salvo casos de urgencia—, la confidencia, junto con la otra información con que se cuente y la constatación de los asuntos confidenciales que les fueron revelados, habrán de estar reseñados en el oficio policial que se le está aportando al juez para que éste cuente con algún elemento o dato objetivo que le permita valorar la seriedad de la petición más allá de las mismas consideraciones policiales, ya que el juicio de fiabilidad no puede estar en manos de la policía⁹⁰.

Tampoco se exonera a la Policía Judicial de realizar los actos de comprobación cuando la fuente de la información provenga de autoridades de policía extranjera. Así lo indicó la STS 490/2014⁹¹, donde al margen de la carta rogatoria proveniente de Portugal, la Policía española realizó su propia investigación considerando que a

investigaciones y sus resultados (elementos objetivos indiciarios), sin que por ello basten afirmaciones como «por investigaciones propias de este Servicio se ha tenido conocimiento...». La constatación de la solidez de esos indicios es parte esencial del proceso discursivo y valorativo que debe realizar el Juez antes de conceder la autorización. El Instructor ha de sopesar el nivel de probabilidad que se deriva de los indicios. Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas únicamente en confidencias”.

⁸⁷ STS 1393/2003, de 22 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.

⁸⁸ STS 112/2012, de 23 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

⁸⁹ STEDHS Kostovski contra Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989 y Windisch contra Austria, de 27 de septiembre de 1990.

⁹⁰ STS 658/2012, de 13 de julio, Ponente Sr. Antonio Del Moral García. En el mismo sentido la STC 184/2003, de 23 de octubre.

⁹¹ STS 490/2014, 17 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

pesar de la fiabilidad de la fuente y la constatación de una investigación efectiva seguida ese país, ese mero dato era insuficiente.

3) Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados. El art. 588 ter d LECR indica que estos son la identificación del número del abonado, del terminal o etiqueta técnica; de la conexión objeto de intervención o los datos que se tengan para identificarlos.

Con relación a la identificación del medio de comunicación, aunque para efectos de su intervención, generalmente el teléfono se identifica por su número de abonado, también puede suministrarse el número IMEI, conforme lo indicó el Tribunal Supremo⁹² en un proceso de robo, donde dentro de las cosas sustraídas se encontraba un teléfono móvil, y cambiaron su tarjeta; sin embargo, se contaba con el número IMEI del aparato y, a partir del mismo, se realizó la intervención del teléfono. Es de recordar que, la averiguación del IMEI no requiere de orden judicial y es viable solicitar a partir de ese dato el número de la línea para pedir la intervención al Juez.

4) La extensión de la medida con especificación de su contenido.

Con relación a los objetivos concretos de la medida, según el art. 588 ter d.3 LECR estos podrían ser los siguientes:

a) Registrar y grabar el contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta; es decir, el aspecto interno de la comunicación.

b) Conocer su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza, es decir los datos externos de la misma.

c) Localizar geográficamente el origen o destino de la comunicación; otro dato externo.

⁹² STS 745/2010, de 26 de julio, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín: “En esta tesitura, lo lógico es que se ordene la interceptación del teléfono a partir de IMEI, que lo identifica y constituye su señal de identidad inmodificable. A partir de este dato, es evidente que el Juez instructor, en su Auto, de 22 de Febrero de 2006, no puede adivinar cuáles son las posibles y futuras tarjetas que se podrán insertar en el chasis, por lo que la medida de intervenir el teléfono asociado a un IMEI es perfectamente lógica y ajustada a la racionalidad de la medida. Los recurrentes no pueden pretender que se ha vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones al adoptar esta medida”.

d) Conocer otros datos de tráfico, asociados o no asociados, pero de valor añadido a la comunicación.

Sin embargo, en cada caso, tanto la petición como la resolución autorizante, deberán especificar cada uno de estos.

Las operadoras de los teléfonos móviles pueden registrar la información antes referida y entregarla posteriormente a la Policía Judicial⁹³; no obstante, con frecuencia se presentan situaciones donde esos datos se requieren de manera simultánea a las escuchas, ya que esta vigilancia auditiva debe entrelazarse con vigilancias físicas, que precisan de saber la ubicación geográfica de los interlocutores de la llamada. GARCÍA LOZADA⁹⁴ ha señalado la demora en obtener estos datos, como uno de los mayores problemas para la policía judicial a cargo de la intervención de las comunicaciones.

Para solucionar parte de este problema, se implantó el Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones (SITEL): una tecnología de intervención de teléfonos móviles en manos del Ministerio del Interior, que es utilizado por la Policía Nacional y por la Guardia Civil.

Este sistema les permite acceder directamente a los siguientes datos:

- a) la señal de entrada;
- b) el número del abonado al que va dirigida la llamada de salida aún si no se llega a establecer la conexión;

⁹³ De acuerdo al art. 39 LGT, la regla general es que los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público garanticen el secreto de las comunicaciones, para lo que deben adoptar las medidas técnicas necesarias. A pesar de ello, cuando medie autorización de intervención de las comunicaciones dentro de un proceso penal o una investigación de inteligencia, estas compañías están obligadas a colaborar con los encargados de estas medidas deberán facilitarles cualquier comunicación que tenga como origen o destino, el punto de terminación de red o el terminal específico, indicado en la autorización de interceptación y deberán entregar otros datos que estén a su disposición, siempre y cuando así lo ordene el juez, tales como la dirección del usuario, los demás servicios que tenga con la operadora, su lugar de ubicación, la dirección de su correo electrónico, su documento de identificación, entre otras.

⁹⁴ GARCÍA LOZADA, José, "Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. Casuística policial". *Estudios Jurídicos*, n.º 2014, 2014, pp. 1489 y ss.

c) todas las señales producidas por la instalación interceptada, incluyendo el contenido de la comunicación, la localización del interlocutor y los mensajes de texto;

d) el momento del inicio, del final y la duración de la conexión; y

e) en caso de desvío de llamada, detecta cual se el número final a que sea llamado y los números intermedios.

Las características del sistema son la centralización del servidor y del administrador, seguridad y automatización⁹⁵. En términos generales, mediante un programa instalado en las operadoras, las informaciones captadas por el SITEL se transmiten de punto a punto al sistema central del Cuerpo de Policía, donde se almacenan sin que la Policía Judicial encargada de la investigación pueda acceder para modificar estos datos, con lo que se asegura la integridad de los mismos.

La localización física del interlocutor no forma parte del secreto de las comunicaciones, pero sí de su intimidad; mientras que los demás datos suministrados por el SITEL sí forman parte del concepto de comunicación —

⁹⁵ STS 250/2009, de 13 de marzo, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín: “El sistema se articula en tres principios de actuación:

1. Centralización: El servidor y administrador del sistema se encuentra en la sede central de la Dirección General de la Guardia Civil, distribuyendo la información aportada por las operadoras de comunicaciones a los distintos usuarios implicados.

2. Seguridad: El sistema establece numerosos filtros de seguridad y responsabilidad, apoyados en el principio anterior. Existen 2 ámbitos de seguridad:

* Nivel central: Existe un ordenador central del sistema para cada sede reseñada, dotado del máximo nivel de seguridad, con unos operarios de mantenimiento específicos, donde se dirige la información a los puntos de acceso periféricos de forma estanca. La misión de este ámbito central es almacenar la información y distribuir la información.

* Nivel periférico: El sistema cuenta con ordenadores únicos para este empleo en los grupos periféricos de enlace en las Unidades encargadas de la investigación y responsables de la intervención de la comunicación, dotados de sistema de conexión con sede central propio y seguro. Se establece codificación de acceso por usuario autorizado y clave personal, garantizando la conexión al contenido de información autorizado para ese usuario, siendo necesario que sea componente de la Unidad de investigación encargada y responsable de la intervención.

3. Automatización: El sistema responde a la necesidad de modernizar el funcionamiento de las intervenciones de las comunicaciones, dotándole de mayor nivel de garantía y seguridad, reduciendo costes y espacio de almacenamiento, así como adaptarse al uso de nuevos dispositivos de almacenamiento”.

interna y externa— y se obtienen mientras que la conversación se encuentra en curso.

La obtención de los mensajes de texto constituye una intervención del secreto de las comunicaciones diferente a la interceptación telefónica, no obstante ésta se regula en el mismo capítulo que aquéllas, de ahí que aunque ambas intervenciones del secreto de las comunicaciones se autoricen en la misma resolución judicial se debe estudiar cada asunto por separado.

El SITEL es el claro ejemplo de esta nueva forma de entrelazar lo jurídico y lo tecnológico, y no obstante lo tecnológico debe desarrollarse de conformidad con el marco legal, el SITEL genera algunas inquietudes jurídicas⁹⁶, entre ellas:

a) es un sistema altamente invasivo de los derechos fundamentales consagrados en el art. 18 CE;

b) la forma en que se aportan sus resultados al juez difiere de la tradicional entrega del soporte original; y

c) su manejo está en cabeza de la rama ejecutiva.

Con relación a la primera inquietud, se ha indicado⁹⁷ que por ser el SITEL un método extremadamente invasivo de la intimidad, la petición policial debe concretar los objetivos de la medida y, a su vez, el Juez de Instrucción debe valorar en cada caso la procedencia de autorizar cada uno de estos. Esto significa que el uso del SITEL no implica autorizar, de entrada, la obtención de todos los datos a los que se puede acceder a través del sistema, que por demás no todos constituyen intervenciones telefónicas, como es el caso de los mensajes de texto o la ubicación física de los interlocutores.

Con relación a la segunda, aunque el contenido original de la información obtenida se queda en el aparato y lo que se entrega a las autoridades es un CD o un DVD, la STS 1215/2009⁹⁸ sostiene que estos se presumen auténticos y su posible manipulación es un problema de prueba pericial contradictoria.

⁹⁶ DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “¿Hacia una jurisprudencia electrónica? (Breves reflexiones sobre SITEL)”, *La Ley Penal*, n.º 74, 2010, p. 5.

⁹⁷ CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, *cit.*, p. 276. Este planteamiento ha sido recogido en la LO 13/2015.

⁹⁸ STS 1215/2009, de 30 de diciembre, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

Este pronunciamiento no es una manifestación arbitraria por parte del Tribunal Supremo, puesto que según el Informe de 6 de mayo de 2009 del Área de Telecomunicación de la División de Coordinación Económica y Técnica de la Dirección General de la Policía y Guardia Civil, los enlaces punto a punto que se establecen, permiten únicamente la entrada de información procedente de la operadora, la cual se almacena automáticamente con características de solo lectura, por el sistema central en el formato recibido, sin que pueda haber lugar a una intervención de los agentes facultados.

Además, dichos ficheros son firmados digitalmente, utilizando el formato de firma electrónico denominado “PKCS#7 Detached”, utilizando un certificado Camerfirma —como entidad certificadora autorizada— y, una vez que el sistema central realiza el proceso de firma, se genera un nuevo fichero que contiene la firma electrónica y verifica tanto el contenido de la comunicación como los datos asociados a la misma. La prueba electrónica, a su vez, está regulada en el 326.3 LEC⁹⁹. De tal manera que se el sistema esta fuertemente blindado y por la firma electrónica pueden verificarse las alteraciones, si las hubiera.

Por último, respecto de las inquietudes suscitadas en razón a que la titularidad del SITEL se halle en manos del Poder Ejecutivo, concretamente en el Ministerio del Interior, es de recordar que la participación del ejecutivo en la intervención de las comunicaciones ya se encontraba permitida en los casos de terrorismo y en el sistema carcelario, facultades anteriores a la adopción del SITEL. Sobre las mismas desde 1978 existe pronunciamiento del TEDH, en el caso Klass, donde se admitió este tipo de injerencias, como último recurso, siempre y cuando existiera un control judicial posterior¹⁰⁰.

5) La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, el sujeto obligado que llevará a cabo la medida —en caso de conocerse— y la forma de ejecución de la medida. Este punto sirve para que el órgano judicial identifique cuál será el equipo de trabajo que, bajo su dirección,

⁹⁹ STS 722/2012, de 2 de octubre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron.

¹⁰⁰ STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso Klass y otros contra Alemania: “Ella implica, entre otras, que una injerencia del ejecutivo en los derechos de un individuo sea sometida a un control eficaz que debe normalmente asegurar, al menos como último recurso, el poder judicial, pues él ofrece mejores garantías de independencia, de imparcialidad y de regularidad en el procedimiento...”.

efectuará el seguimiento de las actividades del investigado a través de sus conversaciones telefónicas, y para establecer la forma en la cual se hará el control de la medida durante su ejecución.

6) La duración de la medida que se solicita, que no podrá ser mayor a tres meses, periodo que podrá prorrogarse si persisten las condiciones que dieron origen a la medida, sin que en ningún caso pueda exceder de dieciocho meses en total.

3.3.2.5. Contenido de la solicitud de prórroga de la medida

De acuerdo al art. 588 bis f LECR, el Fiscal o la Policía Judicial deberán solicitar la prórroga de la medida con antelación suficiente a la expiración del plazo concedido. La solicitud deberá incluir, un informe detallado del resultado de la medida y las razones que justifiquen la continuación de la misma.

Esta solicitud deberá resolverse dentro de los dos días siguientes a su presentación, mediante auto motivado. Si el Juez lo considera pertinente, antes de tomar su decisión podrá solicitar aclaraciones o mayor información.

El art. 588 ter h LECR añade que tratándose de la prórroga de las interceptaciones telefónicas, se deben agregar a los requisitos del art. 588 bis f, LECR la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones relevantes para decidir el mantenimiento de la medida y que el juez puede solicitar que se incluya el contenido íntegro de las conversaciones intervenidas.

Sobre este tema, debe tenerse en cuenta que de acuerdo al art. 229 LOPJ la regla general de las actuaciones judiciales es la oralidad. Aunque las transliteraciones son útiles para ubicar las conversaciones, la escucha de las conversaciones cruciales no debería ser simplemente una opción, pues lo ideal es que el Juez, como director de la investigación, escuche directamente las conversaciones más importantes, no limitando su intervención sólo a decidir sobre la prórroga de la medida sino durante su ejecución.

Ni en el informe de Policía Judicial ni en la transcripción de una conversación se recogen aspectos fundamentales como el acento¹⁰¹ o los rasgos paralingüísticos

¹⁰¹ En la STS 382/2015, de 11 de junio, Ponente Sr. Andrés Palomo del Arco, se hace énfasis constante a que los interlocutores escuchados como resultado de la intervención telefónica, tenían

—como el ritmo y la entonación—, que son elementos fundamentales para entender el contenido de la charla¹⁰².

De acuerdo con la Regla de Mehrabian o Regla del 7-38-55¹⁰³, el texto del mensaje transmitido corresponde apenas al 7% de lo que percibe el interlocutor, mientras las expresiones paraverbales o rasgos paralingüísticos —entonación, proyección vocal, tono, pausas, ritmo...— ocupan el 38%, y las expresiones extra verbales o rasgos extralingüísticos —posición corporal, mirada, expresión facial, gestos, movimiento, respiración...— equivalen al 55% de lo comunicado.

Es evidente que en una comunicación por teléfono la percepción del lenguaje no verbal se limita a la respiración, pero, a pesar de ello, a través de la escucha se aprecian más elementos que con la simple lectura de una transliteración.

3.3.2.6. Contenido de la autorización de la primera interceptación telefónica

El contenido de la resolución que ordena una interceptación telefónica comprende la fundamentación o motivación sobre el por qué se ha tomado esta decisión, así como la enumeración clara de las condiciones en que cuales debe llevarse a cabo, que tiene unos contenidos mínimos que están descritos en el art. 588 bis c.3 LECR.

3.3.2.6.1. Motivación de la resolución que ordena la interceptación telefónica

De acuerdo con el art. 18.3 CE, la autorización de las intervenciones telefónicas debe otorgarse mediante resolución judicial.

En el Diario de Sesiones del Congreso de Diputados —Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas— no se incluyó en el texto constitucional la

“acento latinoamericano” y “acento suramericano”, expresión que -no solo parece comprendida por las partes-, sino que es fundamental para proceder con la investigación y para la creación de indicios sobre la existencia del delito de drogas investigado.

¹⁰² ÁLVAREZ, Graciela E., *La oralidad y su importancia en el derecho*, Panamá, Instituto de Estudios Políticos Internacionales, 2008, p. 19.

¹⁰³ CASTEJÓN FERNÁNDEZ, Luis, “¿Cómo desarrollar competencia en hablar en el público universitario?”. En: *Revista Aula Abierta*, 2011, Vol. 39, núm. 3, pp. 31-40, p. 38. Esta regla realiza sobre la comunicación de emociones y de sentimientos, por lo que sus revalúa si se trata de conferencias académicas y en general, de intercambios donde las emociones no sean el eje central.

obligación de motivación porque se consideró que de esta forma se le restaba agilidad a la expedición de la orden que debía ser pronta¹⁰⁴; sin embargo, esta explicación no encuentra eco en la realidad, en la medida que esta motivación no exige de un largo razonamiento lógico-intelectual¹⁰⁵. Lo importante es que se explique en términos claros, razonables y, por lo tanto, aceptados comúnmente, el por qué se adoptó la interceptación telefónica¹⁰⁶.

En todo caso, a pesar que el art. 18.3 CE no exige que dicha autorización deba estar motivada y que en el art. 120.3 CE solo se menciona que las sentencias son las decisiones judiciales que deben motivarse, este requisito siempre ha estado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto en el derogado art. 579 como en el actual art. 588 bis c 1, y así lo ha reforzado la jurisprudencia, que señala que es un requisito constitucional de las escuchas telefónicas, por lo que si falta la medida y los actos que de ella se derivan no tienen eficacia alguna.

La necesidad de imprimir celeridad a la expedición de la orden ha llevado a la doctrina jurisprudencial a aceptar que la motivación puede realizarse por remisión al contenido de la solicitud de la Policía Judicial¹⁰⁷, siempre y cuando en ese escrito se encuentren integrados los elementos que deben ser tenidos para autorizar la medida. No obstante lo anterior, lo deseable es que sea la orden la que contenga todos los extremos de la medida y no se limite a copiar literalmente el oficio de la Policía¹⁰⁸.

De igual forma, se considera válida la motivación que se realice utilizando pre-impresos o formatos, siempre y cuando su contenido sea acorde al supuesto de

¹⁰⁴ Diario de Sesiones del Congreso de Diputados —Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas—, núm. 70, 19 de mayo de 1978, pp. 2521 y ss. (http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_070.PDF).

¹⁰⁵ VILABOY LOIS, Lotario, NOYA FERREIRO, Lourdes, *La intervención...*, cit., p. 17; y en el mismo sentido *vid.* LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 29.

¹⁰⁶ STS 153/2015, de 18 de marzo, Ponente Sr. Joaquín Gimenez García.

¹⁰⁷ SSTC 25/2011, de 14 de marzo; 26/2010, de 27 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo; 26/2006, de 30 de enero; 146/2006, de 8 de mayo. Y también SSTS 248/2012, de 12 de abril, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón; y 492/2012, de 14 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

¹⁰⁸ STS 722/2012, de 2 de octubre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

hecho sobre el cual se ordena la medida¹⁰⁹, y las contempladas en el art. 120.3 CE para las sentencias.

Mediante la motivación se somete la viabilidad de someter a las intervenciones telefónicas a un examen de proporcionalidad; esto es, preserva el *status* democrático de la sociedad, condición que el art. 8 CEDH les impone a las escuchas telefónica.

La STS 382/2015¹¹⁰ señala que la motivación de los autos que autorizan inicialmente diligencias que restringen el derecho al secreto de las comunicaciones, y las que las amplían o prorrogan, tiene por fundamento la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de esa intervención y hacer posible su control posterior, en aras que el afectado pueda ejercer su derecho de defensa, cuestión que no puede tener lugar mientras la medida está vigente, por su propia finalidad.

Por lo anterior, el Juez debe explicar cuál fue el análisis sobre la proporcionalidad y, de esta forma, los afectados, y antes que ellos el Ministerio Fiscal, pueden conocer cuál fue el razonamiento empleado para determinar la procedencia de la medida. Así mismo, esta motivación debe expresar los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, indicios racionales —“sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo”¹¹¹— y los extremos que se indicarán a continuación, teniéndose en cuenta, en todo caso, que al momento de autorizar la medida el Juez sólo cuenta con los indicios sobre la posible comisión del delito o la presunta responsabilidad de la persona a intervenir; de tal manera que el Juez debe examinar estos indicios rigurosamente.

3.3.2.6.2. *Extremos de la autorización*

La STS 855/2013¹¹² indicó que una resolución judicial en este ámbito debía tener lo siguiente:

¹⁰⁹ SSTC 166/1999 y 171/1999, ambas del 27 de septiembre.

¹¹⁰ STS 382/2015, de 11 de junio, Ponente Sr. Andrés Palomo del Arco.

¹¹¹ SSTC 171/99, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; y 202/2001, de 15 de octubre.

¹¹² STS 855/2013, de 11 de noviembre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

- a) los elementos indispensables para realizar el test de proporcionalidad expresados de manera general, es decir, sin todos los detalles;
- b) los datos objetivos que indican la comisión de un hecho punible;
- c) los datos objetivos o indicios de la conexión entre las personas investigadas y el hecho punible;
- d) los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se están autorizando escuchas prospectivas;
- e) la fuente de conocimiento del presunto delito, siendo suficiente aquí sí, la afirmación del policía que ha realizado la investigación previa a la solicitud; y
- f) el número o números de teléfonos cuya intervención se solicita, el plazo de la intervención, a cargo de quién estará la interceptación y la forma en que el órgano judicial irá ejerciendo el control de los resultados conforme se vayan produciendo.

La LO 13/2015 introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de manera taxativa estos requisitos en el art. 588 bis c.3:

1) El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida. De acuerdo con el principio de especialidad, la interceptación telefónica debe autorizarse dentro de un proceso penal por un delito que permita esta clase de injerencias; por lo tanto, la autorización debe señalar claramente de qué delito se trata. Y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, el juez debe sopesar el grado de afectación que sufrirá el investigado y el beneficio que se obtenga para el interés público, para lo cual necesita tener indicios de la presunta responsabilidad del investigado.

2) La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido. Es de tener en cuenta que al comienzo de la medida de investigación la Policía puede tener datos inexactos o sobrenombres. La STS 1319/2009¹¹³ hace referencia a un caso donde quien realmente usaba la línea

¹¹³ STS 1319/2009, de 29 de diciembre, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín: “La solicitud de intervención de teléfonos móviles debe ir precedida de la comprobación de la titularidad del contrato por parte de la persona considerada sospechosa. La policía, salvo que hubiera realizado una escucha previa ilegal, no puede saber, en éste y en todos los casos, cual es el usuario habitual de un teléfono que ha contratado una persona perfectamente identificada. Es evidente que el

telefónica intervenida no era el investigado, pero estaba a su nombre; si bien es cierto que esta escucha se levantó por estos motivos, se consideró que no había habido lesión al derecho del secreto de las comunicaciones de quien resultó siendo intervenido puesto que a menos que la Policía Judicial hubiera realizado una escucha previa e ilegal no tenía forma de saber qué otra persona, diferente al titular de la línea, hacía uso de la misma.

De otra parte, en caso de encontrarse que además del investigado otras personas utilizan el teléfono intervenido para efectuar comunicaciones involucradas con esa misma conducta punible, no se requerirá de una nueva orden sobre el mismo número¹¹⁴, sin perjuicio que haya que abrirse una línea de investigación diferente para cada uno de ellos¹¹⁵.

3) La finalidad de la medida, su extensión y alcance, así como el cumplimiento de los principios rectores establecidos en el art. 588 bis a LECR. Como ya se indicó al momento de plantear los requisitos de la solicitud, en una misma resolución se pueden autorizar varias modalidades de injerencias, pero cada una de ellas debe especificarse y justificarse por separado. Con relación a la técnica empleada, debe especificarse si se trata del SITEL y a cuáles datos pueden accederse.

4) La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención, y la forma y la periodicidad con la que se le informarán los resultados.

derecho al secreto es personal y subjetivo. La petición judicial está cubierta por el dato evidente de la titularidad del teléfono. Es habitual, y así se pone de manifiesto en la presente causa, que algunas personas disponen, como contratantes y por tanto titulares, de más de un teléfono, en este caso, tres, pero otros incluso más y algunos del sistema prepago, actualmente regulado. Para cubrir la protección judicial del derecho basta con que se demuestre que los teléfonos, como sucede en este caso, están a nombre, o por lo menos, contratados por la persona de la que sospecha”.

¹¹⁴ STS 905/2003, de 18 de junio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García: “El motivo no tiene ninguna posibilidad de éxito, lo relevante es que conste la identidad del titular del móvil para que la intervención sea correcta junto con los demás requisitos de uso constitucional, de suerte que la utilización esporádica de tal móvil por otra u otras personas del grupo de personas implicado en la actividad delictiva enjuiciada no exige una nueva autorización de la intervención en función de quien utilizase en cada momento el móvil, que estaría en contra de la lógica de la naturaleza de las cosas porque tal utilización indistinta no supone corte o cesura relevante ni en la autorización judicial concedida ni en el hecho que se investiga”.

¹¹⁵ STS de 11 de octubre de 1994, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.

Se trata de la forma en que el juez va a realizar el control de la ejecución de la intervención de las comunicaciones telefónicas, labor en la cual debe estar presente, ya que ahí no solo debe verificar el curso que debe seguir la investigación sino la viabilidad de continuar con la medida. Para mayor efectividad de este control, estos informes deberían incluir las grabaciones más relevantes.

5) La duración de la intervención. Con relación a la misma, el término de la intervención no puede ser indefinido puesto que de acuerdo a la STEDH del caso Klass y otros contra Alemania, esto es intolerable ya que se trata de una medida que implica una intromisión de un derecho fundamental, por lo que tiene que finalizar. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo¹¹⁶.

Precisamente, la STC 49/1999¹¹⁷ señaló como uno de los vacíos en la reglamentación de las escuchas telefónicas había sido la falta de un plazo total de duración de las intervenciones telefónicas, puesto que si bien es cierto el art. 579.3 LECR señala que el juez puede acordar la medida por un plazo de tres meses, la norma guarda silencio respecto de las prórrogas, por lo que de esta forma se podría llegar a la indefinición.

En la actualidad, el art. 588 ter g LECR dispone una duración máxima de la medida de dieciocho meses, término que fue reducido del Anteproyecto original de la citada Ley, en la que se disponía de una duración máxima total de dos años. Además, la actual norma aclara que el término empieza a contarse desde el momento en que se ordena la injerencia.

Si bien es cierto estas medidas no pueden ser indefinidas, y en la mayoría de los casos los investigados cambian frecuentemente de teléfonos, hubiera sido importante que, conforme lo indicó CASANOVA MARTÍ¹¹⁸, se hubiera contado con la posibilidad de obtener prórrogas excepcionales cuando las circunstancias así lo requieran, como sucede con los delitos que, como el secuestro, son de ejecución sucesiva y pueden prolongarse por un término mayor a los dieciocho meses.

¹¹⁶ STS de 9 de mayo de 1994, Ponente, Sr. Antonio Martín Pallín.

¹¹⁷ STC 49/1999, de 5 de abril.

¹¹⁸ CASANOVA MARTÍ, Roser, "Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador del Código Procesal Penal". En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Víctor Catena dir., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 533.

3.3.2.7. Contenido de la autorización de la prórroga de la medida

La decisión que dispone la prórroga de la intervención telefónica debe ser motivada. La sustentación de dicha motivación varía, pues no es lo mismo lo que se puede argumentar al comienzo de la investigación que cuando se tienen resultados que permiten corroborar los fundamentos iniciales¹¹⁹. En todo caso, no es preciso que el juez realice una exhaustiva disertación jurídica a pesar de tener mayor conocimiento de los hechos¹²⁰.

De acuerdo con lo anterior, cuando se trate de una prórroga, el órgano judicial no puede referirse simplemente a la primera autorización de intervención, sino que se debe fundamentar en las nuevas circunstancias concretas que han llevado a decidir que la medida debe continuar¹²¹. Ahora bien, de no haber nuevos motivos, pero persistan los originales, se deberá puntualizar y explicar este hecho¹²².

A pesar de ello, la STS 320/1998¹²³ señala que en el momento de prorrogar, el criterio puede ser más laxo, ya que se cuenta con la motivación de la resolución central como referente próximo, sin que esto signifique que se apruebe el supuesto de hecho resaltado en la STC 49/1999¹²⁴, donde los autos de prórroga, con excepción del último, eran idénticos y estereotipados, sin mayor justificación que la referencia general sobre la importancia de la medida para perseguir el delito, cuestión que determinó la ilegalidad de esas escuchas.

Mientras que el término de la intervención comienza a contarse desde la fecha de la autorización judicial, conforme lo había indicado anteriormente la STC 205/2005¹²⁵, en cambio el término de las prórrogas se empieza a computar desde la fecha de expiración del plazo anteriormente acordado, y no desde la fecha de la resolución, de acuerdo con art. 588 bis f.3 LECR.

¹¹⁹ STS de 11 de octubre de 1994, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.

¹²⁰ MARTÍN MORÁLES, Ricardo, *El régimen constitucional...*, cit., pp. 109-111.

¹²¹ STC 181/1995, de 11 de diciembre.

¹²² STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009; y STC 026/2010 de 27 de abril.

¹²³ STS 320/1998, de 7 de marzo, Ponente Sr. Roberto García-Calvo Montiel.

¹²⁴ STC 49/1999, de 5 de abril.

¹²⁵ STC 205/2005, de 18 de julio.

3.3.2.8. El sigilo de las intervenciones telefónicas y el secreto del sumario

El termino del secreto del sumario, adoptado en el art. 302.2 LECR, que es de un mes, no concuerda con el término fijado para acordar la interceptación de comunicaciones a espaldas del investigado. El anterior art. 579 LECR guardaba silencio sobre esta incompatibilidad.

El art. 588 bis d LECR, introducido por la LO 13/2015, ha puesto fin a este problema porque indica que la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a las intervenciones telefónicas se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

3.3.3. Desarrollo de la intervención telefónica

Una vez el juez ha autorizado a la Policía Judicial proceda a la interceptación telefónica, no puede desentenderse de la misma, ni pierde su papel de director de la instrucción.

Adicionalmente, aunque las intervenciones telefónicas están precedidas por actos de investigación que implican que la medida se autorice para un delito en especial, y sobre quienes podrían ser sus presuntos responsables, por tratarse de una medida de investigación de *forward looking*, durante esta vigilancia pueden ocurrir nuevas circunstancias: que se conozcan nuevos hechos o responsables.

3.3.3.1. Control judicial durante esta etapa

Para el TEDH¹²⁶, el control de la medida debe darse en tres etapas: al ordenarse la interceptación telefónica, mientras ésta se desarrolla y al finalizar.

El control judicial de la intervención telefónica de las dos primera etapas forma parte del contenido esencial del secreto de las comunicaciones¹²⁷, y puede estar en manos del Poder Judicial o recaer en otro órgano independiente, pero el control final tiene que involucrar al intervenido, quien, a su vez, debe contar con un tribunal imparcial e independiente que haga valer sus derechos en caso que quiera reclamar que existieron arbitrariedades.

¹²⁶ Esta posición se mantuvo en la STEDH Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984.

¹²⁷ STC 9/2011, de 28 de febrero.

Al ordenar la intervención telefónica por primera vez, se realiza el control sobre la veracidad y fuerza de los indicios presentados por la Policía Judicial.

Una vez en marcha la medida, el control que el Juez de Instrucción debe ejercer durante su ejecución debe ir más allá de enterarse sobre los resultados para determinar los actos de investigación a seguir, porque el conocimiento de los resultados le impone la obligación de adelantar nuevamente un examen sobre la proporcionalidad de la escucha, confrontada con dichos resultados parciales.

En el art. 588 bis c 3 LECR se establece que la resolución que autoriza la interceptación telefónica debe disponer cuál será la unidad de Policía Judicial encargada de realizarla, y en el literal f) la forma y periodicidad con se informará al Juez de sus resultados.

Esta norma recoge lo que ya había indicado la STS 661/2013¹²⁸ respecto a que la autoridad judicial no puede desatender la forma en que va marchando la ejecución de la autorización que ha dado, y que para conocerla y controlarla debe establecer las condiciones precisas para ello¹²⁹.

Adicionalmente, la Policía Judicial debe informar, de manera regular, sobre los resultados cuando aparezcan hechos nuevos o se requiera de una prórroga.

Conforme lo ha indicado el Tribunal Supremo¹³⁰, aunque al Juez no le es posible estar en observación continua y permanente de cada una de las intervenciones telefónicas que ha ordenado, esto no lo exonera de su deber —en su calidad de director de la instrucción— de ejercer un control efectivo mientras duren las escuchas. Siendo así, la labor de juez no puede limitarse a refrendar lo dicho por la Policía Judicial, y a pesar de sus otras funciones y procesos adelantados, debe acompañar a la Policía Judicial en estas labores.

El trabajo del Juez no se hace más complejo por adelantar la escucha de las conversaciones relevantes, por cuanto la comunicación oral está destinada a ser escuchada y, en especial, el carácter espontáneo y coloquial de una conversación provista de sintaxis simple, abundante uso de pronombres y parafraseo constante¹³¹, circunstancias que hacen difícil su lectura. De tal manera que, sin

¹²⁸ STS 661/2013, de 15 de julio, Ponente Sr. Antonio del Moral García.

¹²⁹ STS 849/2013, de 12 de noviembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

¹³⁰ STS 165/2013, de 26 de marzo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García, donde se hace alusión al ATS de 18 de julio de 1992.

¹³¹ ÁLVAREZ, Graciela E., *La oralidad...*, cit., p. 25.

desconocer que la transliteración es una guía útil para ubicar al juez y al tribunal, es importante que haya la audición —de todas o algunas— de las conversaciones telefónicas interceptadas más relevantes, que son las mismas que se mencionan en los informes de Policía Judicial.

Otra razón que sustenta este argumento radica en que la labor investigativa es una labor de equipo, donde cada parte tiene una función diferente, pero que forma parte de un todo. Por ello, quienes ejercen dichas funciones deben integrarse y conocerse: el Juez como guardián jurídico de la investigación, y la Policía Judicial como la encargada de la labor de campo que aporta los pruebas o evidencias.

Teniéndose en cuenta que son los resultados de la labor de la Policía Judicial lo que el juez conoce y sobre lo que el juez decide, es imperativo que el juez conozca las personas que le están aportando dichas pruebas y evidencias, conozca sus criterios y su forma de trabajar.

Las competencias de uno y otros son diferentes: el primero debe enmarcar la investigación dentro de lo jurídicamente lícito y válido, y los segundos desplegar su ingenio y experticia para entender las posibles actuaciones de los responsables del delito y para obtener las pruebas y evidencias, por lo que juntos se complementan.

En este orden de ideas, controles parciales y periódicos de los resultados de las intervenciones telefónicas que se han ordenado, realizados con una participación activa del Juez de Instrucción, son una oportunidad para ese necesario acercamiento. Además, este control parcial, ejercido cabalmente por el juez, es fundamental para facilitar la selección de las conversaciones relevantes para la causa y dictar la decisión que pone fin a la instrucción.

Por último, el control parcial permanente disminuye el riesgo de una selección sesgada de las escuchas telefónicas, que consideramos es el mayor peligro de éstas como medio de prueba y no la posible edición de las cintas. En este sentido, es de gran utilidad la disposición de la Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado, que exhorta a los fiscales a estar presentes en la audiciones de las cintas, durante la instrucción¹³².

¹³² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 109.

3.3.3.2. Las obligaciones de los operadores telefónicos

El art. 588 ter e LECR dispone que todos los prestadores de los servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de comunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, y en general cualquiera que preste el servicio, están obligados a colaborar con el Ministerio Fiscal y con la Policía Judicial para facilitar la medida, guardando el secreto, pues de lo contrario podrían cometer el delito de desobediencia. Este artículo también impone la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

Adicionalmente, de acuerdo con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, los operadores de teléfono deben llevar un registro de la identidad de los clientes que adquieran las tarjetas prepago, datos que deben conservar, de acuerdo a la Ley de Conservación de Datos, y entregarlos en las condiciones que allí se indican, con lo que esta información ha dejado de convertirse en una materia sin control.

3.3.3.3. Escuchas en un idioma diferente a las lenguas oficiales españolas

Con relación a las conversaciones que se producen en otros idiomas distintos a las lenguas oficiales españolas, se requerirá de un intérprete, quien no tiene que ser un traductor oficial, pero sí alguien que conozca el idioma plenamente (art. 231 LOPJ). Puede ser miembro de la Policía¹³³, o alguna persona particular que sea de su confianza¹³⁴, puesto que lo que es esencial es el conocimiento material del idioma por parte del perito y que la lengua extranjera no sea una barrera que dificulte la labor de la Policía en esa vigilancia auditiva que se realiza a través de las intervenciones telefónicas, ni una disculpa para abstraerse del control efectivo y total sobre los resultados obtenidos.

Este intérprete se considerará como un perito, y como tal podrá ser llamado por alguna de las partes con el fin de auxiliar al tribunal a apreciar el alcance de las conversaciones¹³⁵.

¹³³ STS de 23 de noviembre de 1994, Ponente Sr. Enrique Ruiz Vadillo.

¹³⁴ STS 101/2004, de 2 de febrero, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano.

¹³⁵ STS 1911/2000, de 12 de diciembre, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar.

En la Sentencia 9/2011¹³⁶, el Tribunal Constitucional decidió sobre la supuesta vulneración al proceso con todas las garantías y al secreto de las comunicaciones porque dentro de una investigación penal contra los miembros de una organización criminal dedicada a la explotación de la prostitución de mujeres rumanas, las conversaciones en rumano aparecían ya traducidas al castellano, sin haberse incluido las originales en dicha lengua. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, previa constatación que el Juez había escuchado las conversaciones, eso sí, con asistencia del traductor, no aceptó los argumentos del recurrente y recordó que el control judicial durante la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integraba en el contenido esencial del derecho del art. 18.3 CE, y se consideraba cumplido cuando el Juez efectuaba un seguimiento de las conversaciones y conocía sus resultados a través de las transcripciones remitidas y de los informes de la Policía Judicial a cargo. Es de tener en cuenta que, como en este caso, el juez fue más allá de conocer las transcripciones y los informes, el Tribunal Constitucional elogió esta especial diligencia.

3.3.3.4. Nuevos hallazgos

Este también es un tema que se relaciona con el principio de especialidad, porque la autorización de intervención de comunicaciones se debe circunscribir a un delito en especial, sin que la autorización opere como una carta abierta donde, una vez intervenido el teléfono, se puede investigar libremente sin ajustar la investigación a las autorizaciones del juez.

Pese a lo anterior, no puede excluirse la posibilidad de que a través de las líneas telefónicas intervenidas para escuchar una conducta punible determinada y sobre personas determinadas aparezcan, bien otras personas, bien otros delitos nuevos.

Estas novedades pueden percibirse de manera paulatina, puesto que, conforme lo señala la Fiscalía General del Estado¹³⁷, la investigación a través de las escuchas telefónicas consiste en un proceso de cristalización progresiva, y ante estas circunstancias particulares de las intervenciones telefónicas el descubrimiento del nuevo delito, o la participación de otras personas en el delito por el cual se

¹³⁶ SSTC 9/2011, de 28 de febrero, y 26/2006, de 30 de enero.

¹³⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 39.

procede, sólo pueden descubrirse al analizar las conversaciones, y el lenguaje cifrado que las acompaña, a diferencia de como sucede cuando durante el desarrollo de una diligencia de registro se encuentra un elemento delictivo diferente al que se estaba buscando. Por esta razón, este tema de los hallazgos causales en la interceptación de las comunicaciones telefónicas se relaciona con el control que debe tener el Juez sobre el desarrollo de las escuchas, ya que en las reuniones periódicas para analizar resultados se puede ir percibiendo estos hallazgos.

El ATS de 18 de junio de 1992, decisión que por primera vez dió las pautas sobre la regulación de las intervenciones telefónicas, se originó precisamente por el descubrimiento de un delito distinto y cuyos responsables eran diferentes y desligados a lo que se había contemplado en la autorización original del proceso. Este asunto, conocido como “el caso Naseiro”, comenzó en noviembre de 1989 con la solicitud de la Policía de estupefacientes de Valencia para intervenir un teléfono por un presunto delito de tráfico de drogas. Una vez dada la autorización, a través de las escuchas se descubrió un delito de cohecho que estaba cometiéndose por personas diferentes a las presuntas responsables del delito de drogas. La investigación continuó por este nuevo rumbo, sin avisar este asunto al juez, y finalmente se incorporaron cincuenta grabaciones por cohecho al sumario y se acusó a sus responsables, quienes fueron condenados.

Una vez la actuación llegó al Tribunal Supremo, se consideró que se habían producido graves vulneraciones e irregularidades en la fase de instrucción por tráfico de drogas, al no haber puesto en conocimiento del Juez la aparición del delito de cohecho, acción que se había debido hacer tan pronto como se tuvo conocimiento de ese delito, para que así éste hubiera tomado las decisiones del caso¹³⁸.

Respecto al desarrollo del principio de especialidad que debe regir al intervenir las comunicaciones telefónicas y los hallazgos de otro delito diferente o de nuevos responsables, la jurisprudencia ha indicado que el principio de especialidad no se

¹³⁸ De esta forma, el ATS de 18 de junio de 1992 tuvo en cuenta lo indicado por el TEDH en el caso *Kruslin* contra Francia, de 24 de abril de 1990, sobre una escucha ordenada por el Juez de Instrucción en el marco de un proceso distinto, cuestión que se consideró violatoria del art. 8.2 CEDH y declaró que las escuchas eran ilegales.

vulnera cuando el hallazgo constituye una adición al delito investigado, pero sí cuando se trata de una novación¹³⁹, porque en ese último caso se estarían traspasando los límites de la resolución habilitante y queda la idea de que se trató de escuchas prospectivas.

El tratamiento que debe dársele a estos hallazgos depende de si la nueva información se refiere a conductas punibles conexas con el delito que se pretendía investigar originalmente a través de las escuchas telefónicas, o si son hechos totalmente independientes. En este último evento, el hallazgo es una *notitia criminis* que se deduce testimonio, y lo que queda es entrar a estudiar si el nuevo crimen reviste de gravedad suficiente para que procedan las intervenciones telefónicas.

Tal es el caso de estudio del ATC 400/2004¹⁴⁰, en el cual, a través de las escuchas telefónicas ordenadas por el Juzgado Central N.º 5 de Madrid dentro de un proceso por el delito de drogas, se estableció que uno de los investigados no estaba inmerso en la comisión de ese delito, sino en el de revelación de secretos, ya que actuaba como detective privado y para ello realizaba escuchas ilegales. Al tener conocimiento de este hecho el Juzgado Central de Instrucción ordenó cesar la intervención telefónica de este investigado y remitió la *notitia criminis* a la autoridad competente.

Sería una paradoja de que no procedieran las interceptaciones telefónicas en la investigación del delito de interceptación ilegal de conversaciones telefónicas, como pareciera en razón a que la pena máxima señalada en el art. 197.1 CP es de dos años y el art. 579 LECR, al que hace remisión el art. 588 ter a LECR, indica que esta medida procede para delitos de un límite máximo de al menos tres años; de tal manera para no caer en el absurdo de considerar que no puede recurrirse a las escuchas telefónicas para investigar, precisamente, el delito de interceptaciones telefónicas sin orden judicial, deberá tomarse en cuenta que esta clase de conductas punibles utilizan instrumentos tecnológicos de la comunicación, circunstancia referida en el art. 588 ter a LECR y así poder aplicar esta técnica especial de investigación.

¹³⁹ STS 818/2011, de 21 de julio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

¹⁴⁰ ATC 400/2004, de 27 de octubre.

Dentro de los casos de conexidad, se encuentra estudiada en la STS 737/2009¹⁴¹, donde el Tribunal aplica la teoría del hallazgo casual dentro de una investigación por tráfico de drogas, en el cual también se descubrió que la organización criminal blanqueaba el dinero producto del narcotráfico.

Con relación a la reglamentación de estos descubrimientos, el derogado art. 579 LECR no hacía referencia a ellos, pero la LO 13/2015 introdujo en la LECR el art. 588 bis i., norma que señala que las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales, se regularan con arreglo a lo dispuesto en el art. 579 bis. LECR.

Este art. 579 bis LECR, a su vez, indica que la información obtenida en un procedimiento distinto, y los descubrimientos casuales, servirán de medio de investigación o de prueba en otro proceso penal. Para ello se procederá a la deducción del testimonio de los particulares necesarios que puedan acreditar la legitimidad de la injerencia, y se anexarán las siguientes diligencias procesales antecedentes indispensables:

- la solicitud inicial de adopción de la medida,
- la resolución judicial que la acuerda, y
- todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga.

Para que la intervención continúe en la investigación del nuevo delito descubierto, deberá existir una autorización específica del Juez competente, quien decidida si la diligencias continúan como secretas en coordinación con los del proceso original.

Esta regulación ha modulado de manera diferente la posición del Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, que indicó que cuando las diligencias antes mencionadas no obraban en el nuevo proceso, en principio procedía una nulidad ante la indefensión que se causaba al afectado, ya que las partes no podía controlar si la medida había sido dictada abusivamente; pero que si el afectado, previamente conocía la prueba en el proceso de origen y se abstenía de impugnar su legitimidad en la instancia del nuevo proceso, ya no podría hacerlo posteriormente y por lo tanto no procedía una nulidad.

¹⁴¹ STS 737/2009, de 6 de julio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

3.3.3.5. Intervenciones telefónicas en el extranjero

Al igual que la utilización de las intervenciones telefónicas como un medio de investigación, la cooperación internacional en materia penal se hace indispensable ante el fenómeno delictivo de la criminalidad organizada transnacional y de los delitos realizados a través de sistemas informáticos.

3.3.3.5.1. Aspectos generales de la cooperación internacional en materia penal

De acuerdo con el “Manual de Cooperación Internacional de la Fiscalía General de Colombia”¹⁴², la asistencia judicial recíproca es un acto de cooperación internacional mutuo entre Estados, por medio del cual las autoridades competentes prestan ayuda a sus homólogos mediante la práctica de diligencias tales como obtención de información, de elementos materiales probatorios, de evidencia física o pruebas, con destino al proceso del país requerido.

Para que la cooperación sea viable, se necesita un conjunto normativo integrado por la Constitución y por los tratados vigentes en materia de derechos humanos y convenios específicos sobre el tema. Con base en ellos, la asistencia judicial se presta de conformidad con los principios y valores de cada Estado, independiente de si se está aplicando la *lex loci* o ley del país requerido —que es la regla general—, o la *lex fori* o ley del país requirente.

La Fiscalía General del Estado¹⁴³ ha indicado qué valoración hay que dar a la prueba practicada en el extranjero:

- a) la prueba internacional obtenida conforme la norma del país donde se obtuvo no debe ser sometida al tamiz de las normas españolas, con excepción de los convenios bilaterales donde se haya pactado, que regirá la *lex fori*;
- b) lo relevante es que se haya practicado con base en la ley del país requerido;
- y
- c) en el ámbito de la Unión Europea hay un criterio general de mutua confianza entre los Estados parte.

Al ser prevalente la ley local, la solicitud de asistencia judicial se somete a la decisión soberana del Estado al cual se dirige, por lo que este puede reservarse si

¹⁴² Resolución N.º 0-4717/2009, de 16 de septiembre (Colombia).

¹⁴³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, pp. 97 y ss.

la tramita o no, sobre todo en los casos en que se afecte su orden público, su soberanía o cualquier otro interés.

El Tribunal Supremo¹⁴⁴ ha indicado que conforme con las normas propias en materia de cooperación internacional, y ante la necesidad de combatir la criminalidad globalizada, no es posible imponer a servicios policiales extranjeros —como sucede con el ICE o la DEA— las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial española ha establecido para los servicios policiales internos, por lo que ha de respetarse el ordenamiento de cada país siempre que, a su vez, se respeten las reglas mínimas establecidas por el Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, que dio origen a la UE o Pacto de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, sobre derechos humanos.

Los instrumentos de cooperación internacional en materia penal son:

- la carta rogatoria o solicitud de asistencia formal;
- el exhorto al propio agente diplomático o consular destacado ante el Estado requerido;
- la nota suplicatoria al Embajador del Estado requerido con sede en el Estado requirente; y
- el intercambio de información informal entre autoridades de Policía.

3.3.3.5.2. La cooperación internacional y las intervenciones telefónicas

De los instrumentos de cooperación mencionados anteriormente, sólo son aptos para esta materia la carta rogatoria entre autoridades judiciales y la cooperación informal entre las autoridades de policía, instrumentos que presentan las siguientes particulares.

La “carta rogatoria” o solicitud formal de asistencia es la forma adecuada para allegar los resultados de las intervenciones telefónicas. Esta puede ser “activa”, cuando el Estado requiere las pruebas, o “pasiva”, cuando se le solicitan.

Se realiza entre autoridades judiciales del mismo rango, y tramita a través de puntos focales establecidos mediante formalidades rígidas, ya que a través de este instrumento se intercambian las pruebas —o evidencias— que pueden ir a juicio en país requirente.

¹⁴⁴ STS 751/2012, de 28 de septiembre, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

Como su nombre lo indica, “rogatoria” significa que no es una orden a una autoridad extranjera, sino una amable petición a la que la parte requerida puede negarse a dar cumplimiento.

La cooperación internacional en materia de escuchas telefónicas en el marco de la Unión Europea se encuentra tratada en los arts. 17, 18, 19 y 20 del “Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, de 29 de mayo de 2000, vigente en España desde el 6 de octubre de 2003. De acuerdo con estas normas, la medida se ejecuta de conformidad con la legislación del Estado requerido, quien podrá transmitir directamente las comunicaciones al Estado requirente, o grabarlas y enviar sus resultados.

Por su parte, el intercambio informal de datos entre autoridades de Policía extranjera es el camino adecuado para intercambiar información relacionada con el rol de las intervenciones telefónicas como medio de investigación. Así, la STS 168/2015¹⁴⁵ señaló que la transferencia de información de los servicios de diferentes Estados es necesaria dada la naturaleza transnacional de crímenes como el tráfico de drogas.

Este tipo de cooperación tiene lugar en desarrollo de una operación conjunta.

La reunión informal del grupo de expertos de Naciones Unidas en investigaciones conjuntas¹⁴⁶ definió dos modalidades de las mismas: las investigaciones paralelas y los equipos conjuntos de investigación, que pueden ser pasivos o activos.

Las “investigaciones paralelas” consisten en que cada uno de los equipos de Policía Judicial trabaja en su territorio y recoge las pruebas con destino al proceso de su respectivo país¹⁴⁷. Sin embargo, intercambian mutuamente información sobre las respectivas experiencias y resultados obtenidos, con lo que se permite que cada investigación lleve una ruta acertada. A pesar de ser una cooperación informal, porque no existen las formas rígidas que imperan en la carta rogatoria, este intercambio entre autoridades de Policía debe estar precedido de un convenio interinstitucional.

¹⁴⁵ STC 168/2015, de 25 de marzo.

¹⁴⁶ UNODC, <https://www.unodc.org/documents/treaties/COP2008/crp5.pdf>

¹⁴⁷ UNODC, *Conclusiones y recomendaciones del grupo informal de de expertos en investigaciones conjuntas, celebrado en Viena, entre el 2 al 4 de septiembre de 2008*, p. 7 (<https://www.unodc.org/documents/treaties/COP2008/crp5.pdf>).

Por su parte, según se observa de la definición del art. 2 a) LREI Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, los equipos conjuntos de investigación como aquellos constituídos por acuerdo entre autoridades competentes de dos o más Estados miembros de la UE con el fin de adelantar investigaciones penales en el territorio de alguno o algunos de los Estados acordantes. Estos actuarán de manera pasiva o activa —observando o interviniendo— según se haya convenido¹⁴⁸.

De acuerdo con el CAJP-UE, de 29 de mayo de 2000, en Bruselas, el equipo conjunto de investigación será dirigido por un representante de la autoridad competente del Estado anfitrión y actuará dentro de los límites de las competencias y leyes de éste. Los miembros del equipo que no sean nacionales del Estado anfitrión tienen derecho a estar presentes en el momento en que se toman las pruebas y, si está acordado en algún convenio especial, es posible que puedan participar directamente en algunos actos de investigación. Para estos efectos, según el art. 3 LREI, señala que en España las autoridades son las siguientes: la Audiencia Nacional, para la investigación de los delitos de su competencia; el Ministerio de Justicia para la investigación de los delitos de competencia de otras Autoridades y, el Ministerio del Interior a través del la Secretaría del Estado de Seguridad, cuando los equipos no estén conformados por miembros de las carreras judicial y fiscal.

Para efectos de la interceptación telefónica, los equipos deberán contar con la autorización del juez competente, por lo que cuando las autoridades encargadas de estos equipos sean los Ministerios de Justicia o del Interior, estos deberán remitir las solicitudes de interceptación al juez competente, por cuanto su calidad de autoridades en esta materia no les otorga funciones jurisdiccionales.

3.3.4. Protocolo de incorporación al proceso de los resultados de las escuchas telefónicas

El protocolo de incorporación de las escuchas telefónicas al proceso hace parte de su legalidad ordinaria o procesal¹⁴⁹, y está referido a las diligencias que se deben seguir para allegar los resultados de las intervenciones telefónicas al proceso,

¹⁴⁸ UNODC, *Conclusiones y recomendaciones...*, cit., pp. 10-11.

¹⁴⁹ STS 77/2007, de 7 de febrero, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gomez de la Torre.

darlas a conocer a las partes, y hacerlas valer en el juicio oral mediante su audición o lectura.

El quebrantamiento de los requisitos de legalidad ordinaria impide que las cintas se tengan como prueba, pero siguen manteniendo su valor como medio de investigación, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole.

De acuerdo con la jurisprudencia¹⁵⁰ y la Fiscalía General del Estado¹⁵¹, la manera para aportar las cintas al juicio es la siguiente:

- a) entrega de las cintas originales al Juzgado;
- b) selección de las piezas relevantes;
- c) transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación por parte del Secretario Judicial o cotejadas bajo la fe de éste en caso que dicha labor la haya efectuado la Policía Judicial;
- d) la disponibilidad de este material para las partes o afectados; y
- e) práctica de los resultados de las intervenciones telefónicas como prueba en juicio.

3.3.4.1. Entrega del material por la Policía Judicial

De acuerdo con el art. 588 bis g LECR, la Policía Judicial informará al Juez de Instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

El funcionario o grupo de Policía Judicial encargado de las escuchas es a quien le corresponde realizar el acopio y entregarlo en debida forma al Juzgado, una vez

¹⁵⁰ SSTS 621/2012 de 26 de junio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García; 521/2012, de 21 de junio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García; 441/2010, de 13 de mayo, Ponente Sr. José Ramón Soriano; 256/2007, de 9 de abril, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; 423/2015, de 26 de junio, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar.

¹⁵¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 108.

se ha vencido el plazo o finalizado la instrucción, junto con la transliteración que se acostumbra al realizar y que debe presentarse para solicitar las prórrogas.

El soporte debe aportarse en forma completa y original¹⁵² con el objeto de descartar dudas sobre su autenticidad e integridad. La razón de este aporte es permitir el control del Juez sobre los resultados totales o parciales de las intervenciones telefónicas.

Cuando la intervención se ha hecho a través del SITEL, el contenido de la conversación se recibe en el interior del aparato en lugar de hacerlo en un medio externo —tipo cinta, CD, DVD, *pen drive* o tarjeta de memoria—, por lo cual lo que se entrega a la Policía Judicial con destino al juzgado es una copia de la grabación, cuyo original permanece en el aparato, por lo que, en estricto sentido no se aportan las grabaciones originales, pero igual, se trata de un sistema seguro¹⁵³.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias sentencias sobre esta nueva forma de aportar resultados, entre las que vale resaltar la STS 410/2012¹⁵⁴ donde se explica que es prácticamente imposible alterar el SITEL; la STS 1215/2009¹⁵⁵, que aclaró se trataba de un sistema regulado en la Ley General de Telecomunicaciones¹⁵⁶ y, en el mismo sentido, la STS 138/2015¹⁵⁷, donde se explica que los usuarios del SITEL, es decir, los grupos operativos encargados de la

¹⁵² STC 205/2002, de 11 de noviembre. Y en el mismo sentido las SSTS 423/2015, de 26 de junio, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar; y 413/2015, de 30 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, 1041/2012, de 27 de diciembre, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano; 740/2012, de 10 de octubre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; 676/2012, de 26 de julio, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar; 1092/2010, de 9 de diciembre, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; 1009/2010, de 10 de noviembre, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; 531/2006, de 11 de mayo, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; 92/2005, de 31 de enero, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Y también la STC 184/2003, de 23 de octubre. En el mismo sentido CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, Tomo II, 2.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1982-1986; y MONTERO AROCA, Juan, *La intervención...*, *cit.*, p. 226.

¹⁵³ SSTS 1215/2009, de 30 de diciembre, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano; 740/2012, de 10 de octubre, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

¹⁵⁴ STS 410/2012, de 17 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

¹⁵⁵ STS 1215/2009, de 30 de diciembre, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

¹⁵⁶ Se está haciendo referencia a la Ley vigente para la época que era la Ley 32/2003, de 2 de noviembre. Actualmente rige la Ley 9/2014, del 9 de mayo.

¹⁵⁷ STS 138/2015, de 13 de marzo, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar.

investigación, no acceden en ningún momento al sistema central de almacenamiento y sólo recogen la información que se ha volcado en un CD o DVD provisto de una firma electrónica digital asociada, garantizándose de esta manera la autenticidad e integridad de la información que estaba almacenada en el sistema central.

3.3.4.2. Selección de las piezas relevantes

Entregada la totalidad de los resultados una vez finalizada la medida, al Juez le corresponde controlar que se haya efectuado dentro de los términos de su autorización. Hecho esto, realizará la selección de las piezas importantes para la causa.

A diferencia de los dos controles anteriores, este control que se realiza al finalizar la intervención telefónica es un requisito de legalidad ordinaria, precisamente porque ya ha finalizado la injerencia en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones. En este control participa posteriormente el afectado, una vez haya sido notificado de la medida.

En la STS 21031/1994¹⁵⁸ se indicó que el control del Juez debía ser riguroso para garantizar los derechos del afectado, quien por no conocer la medida no la podía impugnar; y que dicho control extremo y riguroso implica no solo la recepción íntegra de las cintas originales, sino que era el Juez —y no la Policía— a quien competía determinar y seleccionar los pasajes útiles para la instrucción de la causa, excluyendo los que carecían de relevancia para la investigación, y, sobre todo, aquéllos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso, no eran de interés para la causa, por lo que debían ser excluidos de la publicidad.

En todo caso, la jurisprudencia¹⁵⁹ ha aclarado que no se pretende que el Juez escuche todo lo grabado: se trata de que, asesorado de expertos y en presencia del

¹⁵⁸ STS de 11 de octubre de 1994, Ponente Sr. Cándido Conde Pumpido Ferreiro.

¹⁵⁹ STS 413/2015, de 30 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; STS 717/2013, de 1 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta. En el mismo sentido las SSTS 592/2013, de 11 de junio, Ponente Sr. Luciano Varela Castro; 427/2013, de 10 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García; 22/2013, de 24 de enero, Ponente Sr. Joaquín Giménez García; 165/2013, de 26 de marzo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García; 639/2012, de 18 de julio, Ponente

Secretario Judicial, seleccione lo que interesa a la investigación por él ordenada, en contraste con lo que se había indicado en la STC 205/2002¹⁶⁰, que exigía que fuera el Juez quien realizara esta selección.

Si se ha realizado un efectivo control de resultados parciales, esta labor se le facilita.

La Circular 1/2013 de la Fiscalía General del Estado insta a los fiscales a participar activamente en ese proceso de selección de las conversaciones determinantes para la causa, señalando cuáles de las conversaciones deben aportarse por ser relevantes y pertinentes¹⁶¹.

3.3.4.3. Transcripción de las comunicaciones

La Policía Judicial a cargo de la medida debe aportar las transcripciones —totales o parciales— que se hayan realizado, y el Secretario Judicial¹⁶² debe cotejar las transcripciones hechas por la Policía Judicial con los soportes originales, para así dar fe de los mismos.

La posibilidad de que sea la Policía Judicial la que haga las transcripciones aparece en el art. 588 ter h LECR, que señala que ésta aportará las transcripciones de aquellos pasajes de las conversaciones de las cuales se puede deducir la pertinencia de continuar con la intervención de las comunicaciones.

A pesar de la mención que hace esta norma a las transcripciones de las conversaciones intervenidas, las citas, un CD o un DVD constituyen el material probatorio por excelencia y no su transcripción, que es una guía para hacer más fácil su manejo de su contenido.

La transcripción no sustituye la audición de las cintas en el juicio oral; es una

Sr. Francisco Monterde Ferrer; 895//2010, de 14 de octubre, Ponente Sr. Joaquín Giménez García; 929/2005, de 12 junio, Ponente Sr. Luís Román Puerta Luís; y el ATS de 18 de junio de 1992.

¹⁶⁰ STC 205/2002, de 11 de noviembre.

¹⁶¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 109.

¹⁶² Con la modificación de la LO 7/2015, de 21 de julio, el Cuerpo de Secretarios Judiciales, pasó a llamarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia; sin embargo, la LO 13/2015, de 5 de octubre, utiliza el término “secretario judicial,” razón por lo indicamos de esta forma aquí y en las demás partes del trabajo con relación a los preceptos que expresamente no han incorporado esta modificación terminológica.

medida que facilita el manejo del resultado de las escuchas, razón por la cual se admite que la transcripción mecanográfica —total o parcial— sea efectuada, bien por la Policía, bien por el Secretario Judicial, porque su validez descansa en la existencia de la totalidad en la sede judicial y a disposición de las partes.

Esto no excluye que las transcripciones tengan el carácter de documento público y deban ser acordes con lo escuchado¹⁶³. Sin embargo, en la STS 413/2015¹⁶⁴ el Tribunal Supremo examina un caso donde el texto de la transliteración de las conversaciones presenta pequeñas diferencias con el contenido de la grabación. Ante este hecho, el Tribunal decide que no se llega a afectar la validez de las actuaciones por dos razones principales: la primera, que las cintas originales se aportaron y estuvieron a disposición de las partes, y la segunda, que lo esencial del contenido de las grabaciones sí aparecía debidamente transcrito.

Aunque la utilización de los resultados de las conversaciones telefónicas intervenidas —como prueba de cargo— suele suponer su audición, nada impide que en su lugar se dé lectura de las transcripciones; esto, siempre y cuando, lo hayan solicitado las partes de esta forma y conste la previa adverbación bajo la fe pública judicial de la coincidencia de su texto con el contenido de las cintas originales¹⁶⁵.

En todo caso, como se ha venido insistiendo, la escucha de las conversaciones puede dar mayores elementos de convicción que la simple lectura de sus transliteraciones, ya que mediante la audición se pueden captar los elementos extralingüísticos y paralingüísticos del dialogo sostenido a través del teléfono. En este sentido, la STS 14/2008¹⁶⁶ indica que mediante la escucha se pueden apreciar otros aspectos de la comunicación telefónica, que pueden resultar de interés para una mejor valoración de este elemento probatorio.

¹⁶³ STC 26/2010, de 27 de abril; y, en el mismo sentido, *vid.* la STS 265/2007, de 9 de abril, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

¹⁶⁴ STS 413/2015, de 30 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: “La supuesta anomalía mínima denunciada, como el hecho de que no coincidan íntegramente todas las palabras de las transcripciones obrantes a los folios 597 y 832 de las actuaciones (aunque sí en lo esencial, y tienen el mismo contenido), no afectan al derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y no puede determinar la nulidad de las intervenciones”.

¹⁶⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 107.

¹⁶⁶ STS 14/2008, de 18 de enero, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

3.3.4.4. Acceso de las partes al resultado de las intervenciones telefónicas

El art. 588 ter i LECR señala que, alzado el secreto del sumario y expirada la vigencia de la intervención telefónica, deberán entregarse a las partes copias de las grabaciones y transcripciones, excluyéndose los asuntos puramente íntimos, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o se puedan perjudicar futuras investigaciones. Sobre las exclusiones se debe dejar constancia.

Nótese que son dos las condiciones convergentes que impone la Ley para que las partes y los terceros puedan acceder al material: por un lado, que se haya alzado el secreto del sumario y, por el otro, que se haya expirado la vigencia de la intervención.

La norma continúa indicando que, una vez examinadas las grabaciones, el juez fijará un plazo prudente, según sea el volumen de la información contenida en los soportes, para que cualquiera de las partes solicite la inclusión de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y que hayan sido excluidas, para lo cual necesita conocer lo excluido.

Sobre la no entrega de lo íntimo a la parte afectada, consideramos que ésta no puede ser privada de ese material, ya que se trata de asuntos de su propia intimidad; además, allí se pueden encontrar conversaciones que le pueden ser útiles a su defensa, las cuales no podría usar si previamente se le han retirado, pues aunque se deje constancia de tal retiro, al no ser conocido, será difícil disponer sobre su incorporación, a menos que se recuerde.

Adicionalmente, sentencias analizadas en el apartado anterior y, especialmente, la STS 413/2015¹⁶⁷, de 30 de junio, indican que los resultados originales de las grabaciones deben estar a disposición de las partes, por lo que la exclusión de los apartes meramente íntimos debe tener lugar con posterioridad a que la parte afectada conozca todo el contenido de la grabación. En todo caso, cada afectado con la medida no debe tener acceso a aspectos íntimos, bien sea de los terceros que fueron grabados o de los otros investigados.

Respecto a los terceros, el art. 588 ter i LECR señala que se les notificará de la injerencia e informará de las comunicaciones en las que haya participado, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o que puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita, se le entregará copia de

¹⁶⁷ STS 413/2015, de 30 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

la respectiva grabación o transcripción, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso, en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia.

Para LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, la medida siempre debe notificarse¹⁶⁸, y así ya lo indicó el ATS de 18 de junio de 1992.

Sin embargo, la salvedad de notificar que consagra el art. 558 ter i LECR, cuando ello resulte imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o pueda perjudicar futuras investigaciones, se encuentra en concordancia con la STEDH del caso Klass y otros contra Alemania, en donde el Tribunal reconoció que cuando se adelantan investigaciones en contra del crimen organizado, esta medida de vigilancia puede subsistir durante años —y quizá decenios—, por lo que notificar a cada individuo afectado, cada vez que se levante una intervención telefónica, puede comprometer el éxito total de la investigación, por lo que se considera que esa notificación puede diferirse hasta el final de toda la investigación, ya que “esta abstención —de comunicación— es la que asegura la eficacia de la ‘injerencia’”¹⁶⁹.

3.3.4.5. Práctica de los resultados de las intervenciones telefónicas como prueba en el juicio

El material aportado debe reproducirse, o leerse en caso de la transcripción, para ser objeto del derecho de contradicción. En caso que las partes no lo soliciten su contenido se dará por aceptado, lo que impediría que posteriormente se invoque nulidad por esa falta de audición o de lectura.

Si se trata de procedimiento ordinario, las grabaciones —y las transcripciones— deberán aportarse en los escritos de calificación provisional, y si se trata del procedimiento abreviado, en los escritos de acusación —y defensa, si los hubiere— o durante el juicio oral. Aportados los documentos, el Juez dará traslado de los mismos a las otras partes procesales, para que se pronuncien sobre su

¹⁶⁸ LÓPEZ BARAJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...* cit., p. 49.

¹⁶⁹ En el caso Klass y otros contra Alemania, del 6 de septiembre de 1978, el TEDH dispuso la notificación a los afectados una vez finalizara la medida, sin embargo advirtió que avisar individualmente a cada afectado, que estaba siendo intervenido telefónicamente y que se le ha levantado la medida, puede comprometer el éxito de la investigación de manera global, a largo plazo, por lo que en estos caso podría retrasarse la notificación hasta que el cese el riesgo.

admisibilidad. Las partes pueden admitirlas, impugnarlas o guardar silencio, caso este último en el cual se consideran admitidas.

En el juicio se examina la validez de la medida y su valor probatorio, temas que se tratarán en el siguiente Capítulo.

3.3.4.6. Destino final del material que recoge los resultados de la intervención telefónica

Este tema no se mencionaba en el derogado art. 579 LECR. No obstante, la STEDH Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998, indicó que este material debía destruirse y que ese tema debía ser regulado.

Ante esta falta normativa, la doctrina ha aportado diversas soluciones.

LÓPEZ FRAGOSO¹⁷⁰ consideró que debía aplicarse, analógicamente, lo dispuesto en el art. 587.1 LECR para la correspondencia postal o telegráfica, norma que indica que la correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al investigado o a su representante, pero que no se tratará de una entrega sino de su destrucción, y que para ello se puede acudir a lo dispuesto en el art. 338 LECR sobre la destrucción de armas y efectos del delito.

CASANOVA MARTÍ¹⁷¹ propuso acudir analógicamente a la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores del ADN, ya que esta norma también está relacionada con los derechos protegidos por el art. 8 CEDH.

Actualmente, el art. 588 bis k LECR dispone, en primer lugar, que una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida; y se conservará una copia bajo custodia del Secretario Judicial. En segundo lugar, que cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado, o cuando el delito o la pena hayan prescrito, se acordará la destrucción de las copias conservadas. Por último, que la Policía Judicial procederá a esta destrucción, previa orden de los órganos judiciales.

¹⁷⁰ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las escuchas telefónicas...*, cit., p. 130.

¹⁷¹ CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 294.

De esta forma, la reforma introducida por la LO 13/2015 da cumplimiento a lo dispuesto en la Sentencia del TEDH indicada.

Cuando las escuchas sean el producto de un delito, se procederá conforme lo dispone el art. 338 LECR y en caso de ilicitud, la ATS de 18 de junio de 1992, ordenó destruir las conversaciones que había declarado ilícitas en el “caso Naseiro” para lo cual se indicó que se haría con la intervención del Secretario judicial y que las partes podrían hacerse presentes si así lo deseaban.

3.5. Procedimiento de intervención de comunicaciones en caso de urgencia

HOBBS¹⁷² señaló que el hombre había nacido totalmente libre pero se hallaba inseguro, ya que la libertad de los demás le generaba una amenaza; por lo tanto, los hombres se asociaron en el Estado –commonweallth-, delegando su libertad individual ante un soberano, para así conseguir protección, es decir, seguridad.

En el mismo sentido, Rousseau¹⁷³, quien señala a Hobbes como sofista¹⁷⁴, también habla de un contrato social de naturaleza civil.

Puede observarse la innegable conexión que existe entre la libertad y la seguridad, que se plantea como una relación inversa; al punto que, cuando un Estado es amenazado o atacado, inmediatamente procede a restringir algunas libertades de los ciudadanos para afianzar su seguridad.

Acorde con este plantamiento, el art. 55.2 CE, dispone que “una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”.

Sin embargo, la suspensión de los derechos señalados en el texto de la CE siempre ha sido reglada:

¹⁷² HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Philosophical Classics, Dover Publications inc, New York, 2006, pp. 125-145.

¹⁷³ ROUSSEAU, Jean Jacques, *Obras, Emilio o de la educación, 1762*, Biblioteca de Grandes Escritores, Ed. IberiaLiteratura, ebook, 2015, pp. 865 y 876.

¹⁷⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques, *Obras... cit.*, p. 860.

Con anterioridad a la reforma de la LO 13/2015, el derogado art. 579.4 LECR indicaba que, en caso de urgencia, cuando se tratara de investigaciones que se realizarán para averiguar delitos relacionados con la actuación de bandas armadas elementos terroristas o rebeldes, el Ministro del Interior, o en su defecto el Director de Seguridad del Estado, podían ordenar la intervención de las comunicaciones y comunicar inmediatamente, a través de un escrito motivado, esta actuación al Juez competente. El Juez, a su vez, una vez recibía la noticia contaba con un plazo máximo de 72 horas, en el cual podía revocar o confirmar esta medida mediante una resolución motivada. Y antes de esta norma, el precepto consuetudinario lo desarrollaron las siguientes disposiciones:

– el Real Decreto Ley 21/1978, de 30 de junio, sobre medidas relacionadas con delitos cometidos por grupos o bandas armadas, que disponía que la competencia de la investigación y juzgamiento de sus conductas punibles recaía en los Juzgados Centrales de Instrucción y en la Audiencia Nacional; pero, que no obstante lo anterior, la autoridad gubernativa podía ordenar la observación postal, telegráfica y telefónica de las personas, sobre las que racionalmente se pudiera inferir con estaban relacionadas con estos grupos, decisión que debía comunicarse al Juez competente, quien podía revocarla. Esta disposición se recogió en la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, llamada Ley Antiterrorista; y

– la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 CE.

Hecha la reforma de la LO 13/2015, el art. 588 ter d 3 LECR indica igualmente que en caso de urgencia, y tratándose de las intervenciones que se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad pueden ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas.

El Proyecto inicial no se circunscribía a las actuaciones de bandas armadas o terroristas, sino que mencionaba delitos contra menores o personas con capacidad modificada legalmente y otros delitos que en virtud de la circunstancias del caso pudieran considerarse de especial gravedad.

El Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica de modificación de la LECR para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la

regulación de las medidas de integración tecnológica¹⁷⁵, advirtió que esta norma y el art. 588 bis d. LECR, que dispone lo mismo para la correspondencia, rebasaba los límites constitucionales del art. 55.2 CE, porque la CE sólo otorgaba la facultad de desplazar a los integrantes del Poder Judicial en los casos de actuaciones de bandas armadas y terroristas.

Adicionalmente, se criticó que no hubiera ningún criterio objetivo para establecer qué debía entenderse por “especial gravedad” ni por “urgencia”, como el supuesto que permitía a funcionarios del poder ejecutivo tomar el lugar del juez, para tomar la decisión de intervenir comunicaciones. Para sustentar las afirmaciones el informe se remitió a la STC 145/2014 de 22 de septiembre¹⁷⁶, en la que se advierte que la ley debe indicar el alcance discrecional que ha conferido.

Las objeciones del informe fueron acogidas. El art. 588 ter d.3 LECR, se circunscribió a los delitos relacionados con las actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas, como ámbito de las facultades extraordinarias del intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas por parte del Ministro del Interior o del Secretario de Estado de Seguridad, y se señaló un plazo de 24 horas para que estos las pusieran en conocimiento del juez, quien a su vez, cuenta con 72 horas para decidir sobre la viabilidad de la medida.

En todo caso, se puede observar que a pesar de que se ha vendido otorgando al poder ejecutivo la facultad de intervenir comunicaciones, este tipo de interferencias son intervenciones telefónicas de una investigación criminal y la confirmación del juez penal competente, no constituye simplemente un aval de la actuación del Ejecutivo, sino un acto mediante el cual este asume el control de las intervenciones telefónicas.

Es así como, la STC 54/1996, de 26 de marzo¹⁷⁷ declaró violado el derecho al secreto de las comunicaciones del recurrente, a través de una intervención telefónica ordenada por el Ministerio del Interior, hecha con base en lo dispuesto por el art. 17 de la LO 9/1984 dentro de una investigación contra la ETA por secuestro. Lo que reprochó el Tribunal no fue la decisión tomada, sino el incumplimiento de los procedimientos dispuestos para las escuchas de lo penal,

¹⁷⁵ CGPJ, Acuerdo adoptado por el Pleno, en su reunión de 12 de enero de 2015.

¹⁷⁶ STC 145/2014, de 22 de septiembre.

¹⁷⁷ STC 54/1996, de 26 de marzo.

como por ejemplo, el que se hubieran entregado los resultados al Juez en copias en lugar de las grabaciones originales.

Decisiones como la anterior, demuestran que la restricción de la libertad en pro de la seguridad no es total, sino reglada, como debe ser. De lo contrario, tendría cabida la máxima atribuída a Benjamín Franklin, que señala lo siguiente: “Quienes están dispuestos a ceder su libertad básica a cambio de un poco de seguridad temporal no merecen ni libertad ni seguridad”.

Capítulo Cuarto

Valor probatorio de las intervenciones telefónicas lícitas

4.1. Planteamiento general

Según CARBONE¹, el concepto de comunicación comprende el estudio de la teoría y principios del origen, emisión, recepción e interpretación de un mensaje, independientemente de la cantidad y de la calidad de los mensajes emitidos dentro de una relación recíproca entre dos polos, donde el transmisor puede convertirse en receptor y viceversa.

Una vez individualizadas las diligencias de escuchas telefónicas respecto de actividades similares, y señalado cuál es su trámite, queda por resaltar su valor probatorio, pues, como se ha venido indicando, las escuchas telefónicas son un medio de investigación para hacer efectivo el *ius puniendi* estatal, pero dicha misión se complementa cuando su resultado cumple posteriormente con una función probatoria dentro del juicio, bien sea porque se aporten como documento o bien porque constituyan un hecho indicador para la construcción de un indicio.

Para llegar a estos momentos se requiere que las intervenciones se hayan practicado lícitamente, pues de lo contrario serán excluidas así como las pruebas que se les deriven.

Con base en lo anterior, se hace necesario empezar con una breve aproximación a la prueba ilícita; un tema extenso y complejo, por lo que este trabajo se circunscribirá a la ilicitud en las intervenciones telefónicas. De ahí se analizará el

¹ CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni edit., 2005, pp. 22 y 23.

papel de este medio de investigación dentro del juicio oral, que puede ser como medio de convicción o como fuente de prueba, bien sea documental o como componente del indicio. Por último, se examinará la relación entre las intervenciones telefónicas y el testimonio, la confesión y el dictamen de voz.

4.2. La prueba ilícita en el art. 11.1 LOPJ y en la jurisprudencia

El Tribunal Constitucional, en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, fue el que consagró el principio de la inadmisión de las pruebas ilícitas —*exclusionary rule*— o regla de exclusión, la cual proviene de la justicia de los Estados Unidos de América, con sus antecedentes remotos en la justicia anglosajona.

Esta regla de exclusión se empezó a aplicar dentro del Derecho federal de ese país a partir del caso Weeks contra Estados Unidos de América², en 1914, donde la Corte Suprema de Justicia revocó la condena contra Fremont Weeks por el delito de transportar boletos de lotería a través del correo, ya que este hecho se había probado con documentos encontrados en la casa del condenado mediante unas diligencias de registro que no estaban amparadas por orden judicial. Como esos registros se habían realizado en contravención a lo dispuesto en la Cuarta Enmienda³, la Corte señaló que la evidencia obtenida de esta manera debía excluirse del proceso y de los procesos penales a nivel federal.

La STC 114/1984 resolvió el recurso de amparo contra una decisión de la Magistratura de Trabajo N.º 4 de Alicante, la cual había declarado procedente el despido del redactor de un periódico, llamado El Informador, con base en las grabaciones de una conversación telefónica de este con el Consejero Técnico del Gabinete del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de Alicante; conversación que había sido grabada por el Consejero sin conocimiento del redactor y entregado al Periódico, que ante lo escuchado, procedió a despedir a su empleado por falta de lealtad para con la empresa.

² <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>

³ Cuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos de América: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra allanamientos e incautaciones fuera de lo razonable, y no se emitirá ningún Mandamiento judicial para el efecto, si no es en virtud de causa probable, respaldada por Juramento o promesa, y con la descripción en detalle del lugar que habrá de ser allanado y de las personas o efectos que serán objeto de detención o incautación”.

El recurrente alegó que la conversación no había podido haberse grabado sin su conocimiento, y al haberse hecho se había vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones, hecho que impedía su utilización como prueba dentro de proceso laboral.

En respuesta a la demanda de amparo, el Tribunal sentó tres precedentes importantes: dos en materia de intervención de comunicaciones y una con respecto de la prueba ilícita.

El primero de estos consistió en que el secreto de las comunicaciones no podía oponerse frente a quien había tomado parte de la conversación, por lo que la grabación de la conversación no había sido antijurídica, como tampoco la entrega de la cinta a los directivos de El Informador, ya que el tema de conversación no había sido íntimo, por lo que tampoco se había vulnerado el derecho a la intimidad.

En segundo lugar, el Tribunal indicó que la comunicación no se circunscribía al mensaje, sino que también incluía sus datos externos, acogiendo la posición de la STEDH Malone contra Reino Unido.

Y en tercer lugar, no obstante no haberse producido la violación del derecho fundamental alegada, el Tribunal estableció, por primera vez de manera general, el principio de la no admisibilidad de la prueba ilícita como una regla absoluta, terminando así con la práctica adelantada hasta la fecha que dejaba la posibilidad de admitir o inadmitir una prueba a cada juez, en cada caso particular.

La sentencia puntualizó que aunque la Constitución no consagraba expresamente la regla de exclusión, la admisión de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales ignoraba garantías propias del proceso, que estaban consagradas en el art. 24.2 CE y que exigían que la prueba debía ser pertinente y, cuando lo fuera, debía ser lícita. También señaló que se vulneraba el derecho a la igualdad del art. 14 CE, en la medida que daba una ventaja antijurídica a la parte que había allegado pruebas ultrajando los derechos fundamentales de la otra parte.

Anterior a esta decisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal indicaba algunos supuestos donde no era posible buscar, obtener, aportar o practicar medios de prueba, y de hacerlo el acto sería nulo; entre estos, la prohibición de tortura para obtener la confesión del acusado (art. 389.3 LECR) o la declaración de la mujer en contra del marido, sin la advertencia de no estar obligada a hacerlo (art. 416.1 LECR). En los demás casos, el juez determinaba su admisibilidad, teniendo en

cuenta el conflicto que se presentaba entre la ilicitud y la necesidad de conocer la verdad de los hechos, aunque ya el Tribunal Constitucional⁴ había indicado que la actividad probatoria para desvirtuar la presunción de inocencia debía producirse con el cumplimiento de las garantías procesales.

Aunque la primera sentencia que acogió el principio de la prueba ilícita o exclusión probatoria en España, haciendo eco de la doctrina del derecho norteamericano, se refirió a la intervención de las comunicaciones, en dicho país se negaron los efectos de la *exclusionary rule* con respecto de las escuchas telefónicas, posición que cambió hasta 1967 con el caso Katz contra Estados Unidos de América en 1967.

La jurisprudencia norteamericana, que en un principio se refirió a este tema, fue la de caso Olmstead contra Estados Unidos de América⁵, de 1928, donde agentes federales intervinieron por varios meses el teléfono de Roy Olmstead, quien dirigía una red que traficaba con bebidas alcohólicas, arrestando a los implicados, quienes alegaron que las pruebas obtenidas en su contra, con base en los resultados de las escuchas, habían vulnerado la Cuarta Enmienda.

Sin embargo, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos concluyó, en dicha oportunidad, que como los agentes no habían realizado un registro al domicilio ni a la oficina de Olmstead, ni habían registrado ni incautado correspondencia, sino que habían accedido a los cables de telefonía que se encontraban en la vía y se habían limitado a escuchar, sus actuaciones estaba fuera de las previsiones de protección de la Cuarta Enmienda.

Esta postura cambió en 1967, en el caso Katz contra Estados Unidos de América⁶, donde la Corte extendió el alcance de la Cuarta Enmienda a las vulneraciones contra la expectativa razonable de privacidad de las personas, es decir, ya no de los lugares, incluyendo así, la expectativa a la privacidad de las comunicaciones telefónicas.

El precedente sentado por la STC 114/1984 terminó consagrándose en art. 11.1 LOPJ, en el que se dispone que “[e]n todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

⁴ STC 31/1981, de 28 de julio.

⁵ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/case.html>

⁶ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>

La redacción inicial que el Pleno Congreso le dio a esta norma no se circunscribía a las pruebas obtenidas directa o indirectamente de la violación de los derechos o libertades fundamentales, sino que también incluía la vulneración de los medios de prueba obtenidos de modo contrario a la ética o al Derecho. Esto significa que no toda la prueba que se practique irregularmente estará excluida, sino únicamente aquella recabada mediante la violación a derechos fundamentales.

Estudiando cada una de las previsiones de esta segunda parte del art. 11.1 LOPJ, puede observarse que los términos de la norma son complejos, por lo que se plantearán uno a uno.

4.2.1. Alcance de la expresión “no surtirán efecto”

La ineffectividad de las pruebas obtenidas —directa o indirectamente— de la violación de derechos o libertades fundamentales, señalada en el art. 11.1 LOPJ, se refiere a que la prueba no será admitida ni valorada⁷, con lo que se pretende desestimar estas prácticas y de esta forma se reafirma el Estado social de Derecho español, ya que se advierte que el *ius puniendi* no es un derecho que se pueda ejercer de manera subjetiva y arbitraria, sino que se ejerce dentro del principio de legalidad, de conformidad con los arts. 24, 25 y 117 CE, junto con el 1 LECR, que en general garantizan la defensa del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos⁸.

ROXIN⁹ considera que el Derecho Procesal penal es, ni más ni menos, el sismógrafo de la Constitución de un Estado, manifestación que explica los cambios que ha tenido el procedimiento penal a lo largo de la historia: durante en el Estado absoluto, que imperaba con anterioridad a la revolución francesa y actualmente en los estados totalitarios, el procesado aparecía como un objeto y sus garantías cedían a los intereses estatales o gubernamentales; con el surgimiento de la ilustración y la separación de poderes, que deslindaron ese poder de castigar penalmente del gobernante, el imputado empezó a ser sujeto de garantías, con respeto a su dignidad humana y provisto de derecho a la defensa, independiente

⁷ URBANO CASTRILLO, Eduardo de, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal, un estudio jurisprudencial*, Pamplona, 4.ª ed., Ed. Thomson, 2007, p. 44.

⁸ URBANO CASTRILLO, Eduardo de, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita...*, cit., p. 32.

⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal...*, cit., p. 10.

de los intereses estatales; durante el liberalismo del siglo XIX se agregó la democratización del procedimiento penal, bien sea a través de jurados en conciencia o a la publicidad del proceso.

En este orden de ideas, aunque el objeto del Derecho Procesal penal no ha dejado de ser la investigación de los delitos y la responsabilidad de los responsables, la tendencia procesal actual, en los Estados de Derecho, se orienta a la protección a las víctimas, a la prevención de crímenes y a la reparación, por lo que el Estado debe apoyarse en el gran avance de la criminalística y de los adelantos tecnológicos en materia de intervención de comunicaciones.

Así las cosas, ROXIN¹⁰ le ha señalado tres finalidades a la actual etapa del Derecho Procesal penal, que corresponde al Estado de Derecho, que cobran especial relevancia al estudiar el tema de las escuchas telefónicas.

La primera persigue que a través del Derecho Procesal penal se profiera una sentencia materialmente correcta; la segunda, que para proferir esta sentencia materialmente correcta se haya seguido el ordenamiento jurídico procesal, que incluye el respeto de las garantías del investigado; y, la última, que como fruto de la sentencia materialmente correcta, a la cual se ha llegado con el pleno respeto de las normas procesales, incluyendo las relacionadas con el respeto de las garantías procesales, se restablezca la paz o seguridad jurídica que había sido quebrantada por el delito.

Estas tres finalidades, que en principio deberían actuar siempre de manera armónica, suelen presentar conflictos entre sí y obligan a llevar a cabo un trabajo de ponderación, cuyo resultado acarreará que una de estas deba ceder ante las otras.

Tal situación se presenta en el caso de las escuchas telefónicas, reguladas precisamente por el Derecho Procesal penal cuando se tiene conocimiento de unos hechos ciertos, verdad que conllevaría a una sentencia condenatoria materialmente correcta; pero esa verdad ha sido obtenida a través de escuchas ilícitas, caso en el cual la segunda finalidad señalada por ROXIN, la de proveer de garantías al procesado, prevalece sobre la búsqueda de una sentencia materialmente correcta y el restablecimiento de la paz jurídica, de tal manera que el contenido de estas

¹⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal...*, cit., pp. 2 y 3.

intervenciones telefónicas no puede tenerse en cuenta en el juicio, a menos que se trate de las excepciones que se plantearán a continuación.

En virtud de lo anterior, si esta escucha ilícita resultare ser la única prueba para la sentencia condenatoria, o la fuente de las demás pruebas de cargo, el fallo condenatorio no podrá proferirse y en su lugar deberá dictarse una sentencia absolutoria, a pesar de que materialmente se haya tenido conocimiento de la responsabilidad del investigado y de que del contenido de las ilícitas grabaciones se espere una condena para restablecer el equilibrio perdido por la comisión de un delito. En esto consiste el alcance del término “no surtirán efecto” del art. 11.1 LOPJ.

4.2.2. Alcance de la expresión “las pruebas obtenidas”

Esta expresión se refiere a toda labor tendiente a llevar un resultado al proceso¹¹, por lo que no se circunscribe únicamente a la práctica de las pruebas en el juicio, sino a todas las diligencias necesarias para comprobar la ocurrencia de un crimen, descubrir los responsables y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito; unas labores que, en principio, le corresponden a la Policía Judicial pero que puede adelantarse por otras personas, por lo que para efectos del art. 11.1 LOPJ no interesa quién haya obtenido estas pruebas, el momento procesal en que se hayan obtenido, ni la clase de proceso que se trata¹².

4.2.3. Alcance de la expresión “directa o indirectamente”

Considerar cuál prueba se ha derivado indirectamente de aquella que se ha obtenido vulnerando derecho o libertades fundamentales, y cuál sería el alcance de su ineficacia, han sido temas controvertidos que la doctrina y la jurisprudencia han tratado de resolver mediante variadas teorías, con las que se pretende encausar los efectos de la prueba ilícita o fijar las excepciones a la regla general de su inadmisión.

¹¹ ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, ed. Trivium, 1989, p. 82.

¹² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”. En: *Prueba y proceso penal*, Juan Luis Gómez Colomer coord., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 116.

Estas teorías, que han venido surgiendo paulatinamente y provienen del Derecho anglosajón, son las que exponemos a continuación.

4.2.3.1. Teoría de los frutos del árbol emvenenado

Esta teoría tiene su origen en la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América dictada en el caso Silverthorne Lumber contra Estados Unidos¹³, donde agentes federales incautaron ilegalmente los libros de impuestos de Silverthorne, a quien se le inculpaba de evadir impuestos, y copiaron sus registros. Sin embargo, la Corte indicó que estas copias eran derivadas de la violación a la Cuarta Enmienda, por lo que eran pruebas inadmisibles.

Esta teoría, que tiene como fin desanimar a la Policía Judicial para que no obtenga la verdad a cualquier precio, se acogió en España por primera vez a partir de la STC 85/1994¹⁴, de 14 de marzo, que estudió un caso donde se había realizado una intervención telefónica sin que la resolución habilitante estuviera motivada, lo que generó la ilicitud de estas escuchas. En razón de esta intervención, la Policía supo que una niña iba a recoger un paquete en el domicilio de los investigados y procedió a la aprehensión de dicho paquete, que resultó ser heroína.

El Tribunal Supremo valoró este hallazgo de droga como un hecho constitutivo de un indicio de responsabilidad en contra de los investigados, que unido a la transcripción de las grabaciones de las conversaciones telefónicas intervenidas, lo llevaron a deducir los fundamentos de la condena en contra de los investigados, pues la prueba indiciaria había sido suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Esta decisión fue revocada por el Tribunal Constitucional, que concedió el recurso de amparo solicitado por los condenados, ya que consideró que no se podían constituir indicios sobre los resultados de las escuchas telefónicas debido a que dichas intervenciones tenían una procedencia constitucionalmente ilícita. Agregó que como la ocupación de la droga en poder de la menor no era prueba suficiente para acreditar la responsabilidad penal de los recurrentes, no había

¹³ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>

¹⁴ STC 85/1994, de 14 de marzo.

prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los investigados.

Aunque el Tribunal Constitucional no empleó el término de “frutos del árbol envenenado”, es claro que esta fue la teoría adoptada en esta sentencia¹⁵.

4.2.3.2. Criterios restrictivos de la teoría de los frutos del árbol envenenado

La interpretación expansiva de la prueba ilícita se vino a moderar en España, hacia 1995, con la adopción de criterios restrictivos de la doctrina norteamericana: la excepción de prueba jurídicamente independiente, el descubrimiento inevitable, el hallazgo casual y la excepción de buena fe.

4.2.3.2.1. Excepción de la prueba jurídicamente independiente

Su origen proviene de la Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos Wong Sun contra Estados Unidos de América, de 1963¹⁶, y fue adoptada por el Tribunal Constitucional español en la STC 86/1995, de 6 de junio.

En el caso Wong Sun contra Estados Unidos de América, agentes de la policía antinarcoóticos entraron ilegalmente a registrar una lavandería y, ante esta circunstancia, el dueño del lugar señaló a una persona, llamada Jonny, como la responsable de venta de droga. Ante esta manifestación, los agentes buscaron a Jonny y, efectivamente, encontraron droga en su poder. Con base en estos hechos Jonny hizo un *acuerdo* para denunciar a su proveedor, Wong Sun, quien fue detenido y procesado, aunque se le concedió la libertad provisional. Una vez en libertad provisional, Wong Sun regresó voluntariamente a la Comisaría de Policía para confesar su responsabilidad en estos hechos.

Para la Corte Suprema, las declaraciones del dueño de la lavandería y el posterior el hallazgo de la droga debían ser excluidos porque al haberse originado en registros efectuados sin orden judicial, eran ilegales, por lo que se aplicaba también la teoría de los frutos del árbol envenenado. Sin embargo, con relación a la confesión realizada posteriormente por Wong Sun, la Corte consideró que dicha prueba sí debía admitirse porque era independiente de las anteriores.

¹⁵ El término *frutos de árbol envenenado* se vino a utilizar por primera vez, por parte del Tribunal Constitucional, en el ATC 155/1999, de 14 de junio.

¹⁶ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html>

De otra parte, en la Sentencia 86/1995, el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo contra una condena que había sido confirmada por el Tribunal Supremo, por un delito contra la salud pública, donde la investigación y ocupación de la droga se habían producido a raíz de una intervención telefónica sin orden judicial; por lo que de acuerdo con los recurrentes, todas las pruebas de la investigación, base de la condena, no podían tener efectos por provenir de una prueba obtenida inconstitucionalmente y que de esa ilicitud, se derivaban también, las manifestaciones inculpatorias realizadas por uno de los condenados al momento en que había sido detenido en posesión de la droga, las cuales además, se habían hecho sin asistencia letrada.

El Tribunal consideró que, efectivamente, se había vulnerado el núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, lo que había producido una lesión del derecho constitucional que acarrea la prohibición de valorar cualquier elemento probatorio que se dedujera del contenido de las conversaciones intervenidas y de sus pruebas derivadas, como la incautación de la droga, porque había sido hallada debido a que la Policía había conocido, a través de las intervenciones ilícitas, que uno de los sospechosos se iba a desplazar con el estupefaciente y, por esta razón, lo habían capturado en posesión de la sustancia.

En este orden de ideas, para el Tribunal estas dos pruebas no podían utilizarse para establecer la culpabilidad de los recurrentes, como tampoco las inculpaciones del capturado en flagrancia al momento de su aprehensión. Sin embargo, el Tribunal encontró que las confesiones posteriores a esta captura, hechas por este recurrente en presencia de su abogado y previas advertencias sobre las consecuencias del acto, primero, ante el Juez de Instrucción y posteriormente, en el acto del juicio oral, no estaban viciadas por la ilegalidad original, ni tampoco lo estaban, los señalamientos de este en contra del otro acusado.

De esta forma, el Tribunal Constitucional, como lo hiciera la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, concluyó que la confesión inculpatoria y las declaraciones en contra del otro procesado, eran una prueba que se había producido aparte de las pruebas derivadas de la prueba ilícita: se habían realizado de manera posterior y en circunstancias independientes a las contaminadas con la ilicitud proveniente de las intervenciones telefónicas ilícitas y por tal motivo, confirmó la condena de los recurrentes.

Para MIRANDA ESTRAMPES¹⁷, esta teoría no es una excepción a la regla de la exclusión, sino una consecuencia de la propia delimitación de la misma regla, ya que ésta indica que la ilicitud se expande únicamente a las pruebas derivadas, por lo que excluye las pruebas que son independientes.

De igual forma, el autor critica que la STC 86/1995 consagre este asunto, porque considera que la confesión señalada en la sentencia como una prueba independiente en realidad era una prueba derivada de las intervenciones ilícitas. De tal forma que sin haberse adelantado la intervención ilícita de las comunicaciones y el registro apoyado en lo escuchado, durante el cual se halló la droga, no se hubiera producido la admisión de responsabilidad durante la incautación, que por cierto se realizó sin presencia del Abogado y sin las formalidades de la confesión, no obstante ésta se reprodujera ante instancias judiciales.

4.2.3.2.2. La excepción del descubrimiento inevitable

El antecedente de esta teoría aparece en el caso de la justicia de Estados Unidos de América conocido como Nix contra Williams¹⁸, de 1984, donde se alegó la violación a la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos¹⁹ porque durante el traslado de un detenido, sospechoso de haber atentado contra una menor de diez años, la Policía obtuvo de éste las indicaciones de donde se hallaba enterrado el cuerpo de la menor, que fue encontrado después de una búsqueda exhaustiva con la ayuda de 200 voluntarios.

Al sospechoso se le condenó por este homicidio y se cuestionó que la sentencia se había producido con base en pruebas ilegales derivadas de unas manifestaciones

¹⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosh, 2004, pp. 122 y ss.

¹⁸ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>

¹⁹ Sexta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos de América: “El derecho a un juicio imparcial: En todas las causas penales, el acusado gozará del derecho a un juicio expedito y público, por un jurado imparcial del Estado y distrito en el cual haya sido cometido el delito, distrito que será previamente fijado de acuerdo a la ley; y a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a carearse con los testigos en su contra; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos que cite a su favor y a contar con la Asistencia de un Abogado para su defensa”.

del investigado sin la asistencia de un abogado defensor, es decir, obtenidas violando la Sexta Enmienda, por lo que el hallazgo del cuerpo y sus condiciones, que habían sido determinantes en la decisión, debían excluirse.

Sin embargo, para la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el hallazgo del cuerpo y el conocimiento de las condiciones en que este se encontraba, se habrían producido de todas formas ante el equipo de búsqueda que se había formado. Por lo tanto, consideró que se trataba de un hallazgo inevitable que constituía una excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado, y por ello confirmó la sentencia condenatoria.

En España, la STS 974/1997²⁰ acogió por primera vez esta teoría.

En este caso, el Tribunal Supremo resolvió un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, que acogía, precisamente, la teoría de la prueba independiente invocando la STC 86/1995, dando validez a las declaraciones en el juicio oral de los acusados y a la captura de la procesada en una cafetería en momentos en los cuales estaba traficando con heroína, por considerarlas pruebas separadas de los efectos probatorios de las intervenciones telefónicas, que eran ilícitas, porque la orden habilitante que les había dado inicio carecía de motivación suficiente, pues el juez se remitía al oficio de la Policía Judicial, pero éste no indicaba cuáles eran los indicios de responsabilidad criminal para ordenar estas diligencias.

Las apreciaciones de la Audiencia Provincial fueron desestimadas por el Tribunal Supremo, que consideró que se trataba de pruebas diferentes a las escuchas telefónicas, pero igualmente derivadas de esa vulneración que se había realizado al derecho del secreto de las comunicaciones, a pesar de la doctrina sentada en la STC 86/1995. Sin embargo, el Tribunal Supremo advirtió que con respecto a la captura de la acusada en momentos en que estaba adquiriendo heroína de sus proveedores mayoritarios, se aplicaba la teoría del descubrimiento inevitable, limitándose, de esta forma, el efecto expansivo de la prueba ilícita. Pues, la procesada estaba siendo objeto de seguimientos, incluso antes que se le intervinieran sus comunicaciones telefónicas, y esas vigilancias habrían conducido de igual forma, a descubrir la reunión en la cafetería —sitio público, por demás— donde se iba a traficar heroína. Esto significó para el Tribunal Supremo, que la

²⁰ STS 974/1997, de 4 de julio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

policía judicial inevitablemente iba a conocer este delito y proceder a capturarla en flagrancia, captura que era suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Con razón, a nuestro juicio, GÓMEZ COLOMER²¹ critica esta teoría ya que considera que puede ser *especulativa*, porque no se puede probar claramente la inevitabilidad del descubrimiento.

4.2.3.2.3. La excepción del hallazgo casual

El hallazgo casual se define como la aparición de hechos nuevos, o nuevos sujetos, en el curso de una investigación penal, que se presentan por casualidad, sin que hubieran estado incluidos en la resolución mediante la cual se habilitó la restricción de los derechos fundamentales²².

Este tema ha sido abordado en el capítulo anterior dentro de la reglamentación de las intervenciones telefónicas, por cuanto dentro de la ejecución de las mismas, y especialmente en las investigaciones en contra de las organizaciones criminales, suelen aparecer dentro de las conversaciones otras conductas punibles y otros involucrados, no comprendidos en la autorización judicial.

Los hechos casuales deben ponerse de inmediato en conocimiento del Juez instructor, para que amplíe la autorización²³. Si los hechos son conexos con los investigados, se debe abrir una nueva línea de investigación y, si se trata de cuestiones diferentes, se debe abrir una investigación independiente, ya que en

²¹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *La evolución de las teorías...*, cit., p. 161.

²² ÁLVAREZ DE NEIRA KAPPLER, Susana, “Los descubrimientos causales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro domiciliario)”, *www.riedpa.com*, n.º 2, 2011, p. 4.

²³ STS 822/2006, de 17 de julio, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca: “La existencia de un hallazgo casual de objetos relacionados con un delito distinto del investigado, que precisamente dio lugar al auto de entrada y registro, no supone la nulidad de la prueba respecto de dicho objeto, aunque para continuar y ampliar el registro respecto de ese nuevo delito sea necesaria una ampliación de la autorización. Las Sentencias de esta Sala, 1004/1999, de 18 de junio, y 1990/2002, de 29 de noviembre, citadas por la STS 885/2004, sientan la doctrina de que si es hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva”.

este caso el hallazgo obra como una *notitia criminis* que debe ser atendida por las autoridades²⁴.

La primera sentencia que relacionó directamente el tema de los hallazgos casuales con la prueba prohibida fue la STS 1333/2000, de 21 de julio²⁵. En ella se hizo referencia a unas escuchas que se ordenaron con base en hallazgos encontrados en otro proceso.

La nueva investigación siguió su curso hasta que culminó en la captura y condena de los responsables en un caso de drogas. Recurrida la sentencia condenatoria en casación, se alegó que la motivación de la primera orden de intervención telefónica había sido insuficiente. Argumento que fue desestimado por el Tribunal Supremo, que analizó la orden habilitante y la encontró suficientemente motivada, resaltando que los indicios que dieron pie para dicha intervención telefónica, eran hallazgos casuales obtenidos en otro proceso, los cuales, válidamente habían servido de base para adelantar el nuevo caso.

Por último, la STS/2015, de 24 de febrero²⁶, definió los parámetros de esta excepción: Se trató de un caso donde una persona abordó a unos Policías en la calle, en estado de agitación, lesionado y con una cuerda en la mano, diciéndoles que había sido secuestrado en un lugar cercano. Los Policías se dirigieron con la víctima al lugar donde este decía había sido privado de la libertad, encontraron la puerta abierta y decidieron entrar. En el lugar no se encontraba nadie pero descubrieron unas sustancias pulverulentas, unas bolsas y una balanza. En ese momento solicitaron la orden de registro, indicando que se trataba de un caso de secuestro, sin mencionar las sustancias, que de igual forma fueron incautadas y resultaron ser cocaína, hachís y sustancias que se utilizan para rendir los estupefacientes.

Por lo anterior se siguió un proceso contra el morador de la casa por el delito de drogas y contra otros, involucrados en la retención ilegal. Los segundos fueron exonerados, de tal manera que el recurso de casación que se elevó al Tribunal

²⁴ STS de 11 de octubre de 1994, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro: “así como que no puede renunciarse a investigar la ‘notitia criminis’ incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquella sea mero punto de arranque”.

²⁵ STS 1333/2000, de 21 de julio, Ponente Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

²⁶ STS 103/2015, de 24 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

Supremo se refirió al delito de drogas, argumentándose ilicitud en el registro y en el hallazgo de la droga, por lo que no se le había podido condenar por este delito.

El Tribunal dio la razón al recurrente, por cuanto el registro se había efectuado sin orden judicial inicial y sin que estuvieran presentes las dos excepciones que permiten la entrada al domicilio sin dicha orden: flagrancia o autorización de quienes allí habitan, nulidad que afectaba el hallazgo de la droga, que no podía considerarse cubierta por la excepción del hallazgo casual debido a que, el hallazgo causal opera sobre la base de la licitud de las diligencias.

De otra parte, señaló la sentencia que la buena voluntad de los agentes y el deseo de excluir cualquier riesgo, no pueden servir de justificación para convalidar un registro ilegal por falta de habilitación judicial. En este punto, pareciera que el Tribunal está haciendo referencia a otra de las opciones a la regla de exclusión, que es la llamada excepción de buena fe.

4.2.3.2.4. *La excepción de la buena fe*

Esta excepción a la regla de exclusión también se origina en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, en los casos Estados Unidos de América contra León²⁷ y Massachusetts contra Sheppard²⁸, ambos de 1984.

En ambos, la Policía efectuó registros e incautaciones con base en órdenes judiciales, las cuales fueron invalidadas posteriormente por normas de procedimiento. Sin embargo, se validó lo incautado argumentando que los Policías habían actuado en buena fe, creyendo que estaban debidamente amparados por estas órdenes.

Como bien indica MIRANDA ESTRAMPES²⁹, la trascendencia de la buena o mala fe de en la actuación de la Policía Judicial, puede incidir en su posible responsabilidad penal —o disciplinaria—, pero nada tiene que ver con la posibilidad de imprimirle licitud a una prueba. Sin embargo, esta teoría se retoma para estudiar uno de los elementos de la excepción de la conexión de antijuridicidad que se examina a continuación.

²⁷ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/case.html>

²⁸ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/981/>

²⁹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 29-30.

4.2.3.2.5. La excepción de la conexión de antijuridicidad

Esta excepción, ha sido muy criticada por la doctrina, por considerar que es una reducción a las garantías en contra de la prueba ilícita.

Surgió en la Sentencia 81/1998³⁰, en la cual el Tribunal Constitucional decidió el recurso de amparo contra una sentencia proferida por el Tribunal Supremo, que declaró la validez de unas pruebas que, a juicio del recurrente, estaban viciadas de ilicitud, ya que se desprendían directamente de unas intervenciones telefónicas cuya orden habilitante carecía de motivación suficiente.

Las pruebas que fueron aceptadas por el Tribunal Supremo fueron las declaraciones de cuatro Policías que intervinieron en seguimientos al recurrente y le decomisaron estupefacientes. Para el Tribunal Supremo, estas pruebas fueron independientes a las escuchas telefónicas invalidadas.

El Tribunal Constitucional confirmó esa decisión por otros motivos y consagró, por primera vez, la excepción de la conexión de antijuridicidad, según la cual, en este caso sí existía una conexión material entre los resultados de las intervenciones, las vigilancias y el hallazgo de la droga, pero la vulneración del derecho fundamental del art. 18.3 CE no tenía eco, o no se extendía a las labores de seguimiento ni a la ocupación de la droga, ambas pruebas válidas en sí mismas.

Lo anterior porque lo que conocieron los Policías a través de las escuchas fue una información neutra, según la cual, el investigado iba a efectuar una visita, sin que esto significara que iba a traficar con estupefacientes. De tal manera que este dato de la visita, obtenido con violación del derecho fundamental, no fue relevante en las labores de seguimiento de la Policía, de las cuales se derivó la incautación de la droga.

Así, el Tribunal Constitucional sentó esta teoría, que indica que para que una prueba derivada no tenga efectos en contra del investigado, no basta que se encuentre conectada material o físicamente con la prueba ilícita original, porque lo que se necesita es que compartan la antijuridicidad de la violación del derecho fundamental afectado.

Esta vulneración puede ser a su vez de dos formas: la primera, desde una perspectiva interna, que se refiere al núcleo del derecho vulnerado y la segunda, desde una perspectiva externa, que implica que la aplicación de esta excepción no

³⁰ STC 81/1998, de 2 de abril.

lesione la necesidad de tutela del derecho afectado. Lo anterior, para que la aplicación de la conexión de antijuridicidad no obre como un incentivo para lesionar los derechos fundamentales de los investigados.

Así las cosas, dentro del caso de estudio, aunque las escuchas telefónicas eran una de las actividades de investigación junto con los seguimientos, la labor de vigilancia que terminó en la ocupación de la droga no provino del conocimiento antijurídico de conversaciones secretas del investigado, por lo que los seguimientos no vulneraron indirectamente la perspectiva interna del derecho de las comunicaciones y, con relación a la perspectiva externa, el Tribunal resaltó que el comportamiento de los encargados de llevar al cabo la investigación no estaba encaminado a vulnerar el derecho del art. 18.3 CE, ya que esta lesión se dio por insuficiencia de la orden y no por ausencia de la misma.

Con este aspecto externo, el Tribunal acoge para este punto, la excepción de buena fe³¹, que conforme lo indica GONZÁLEZ CUSSAC³², equivale a error invencible.

Dentro de los críticos a esta excepción se encuentran GÓMEZ COLOMER³³ que considera que es un retroceso que atribuye a consideraciones utilitaristas y de economía procesal para salvar los procesos³⁴.

Por su parte, MIRANDA ESTRAMPES³⁵ también la considera un duro golpe al reconocimiento de los efectos reflejos de la prueba ilícita que podrían llevar a su desaparición, ya que en términos vagos e imprecisos posibilita, de manera

³¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio, MARTÍN MORÁLES, Ricardo, “La teoría de la conexión de la antijuridicidad”, *Jueces para la Democracia*, n.º 43, 2002, p. 47.

³² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”. En: *Prueba y proceso penal*, Juan Luis Gómez Colomer coord., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 319.

³³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *La evolución de las teorías...*, cit., p. 127.

³⁴ MCINNIS, Thomas N., “Nix v. Williams and the inevitable discovery exception: Creation of a legal safety net”, *Public Law Review*, vol. 28, n.º 2, 2009, pp. 397 y ss., también considera que la aplicación de la excepción del descubrimiento inevitable dentro del caso Nix contra Williams, se debió a criterios unitaristas ya que se trataba de un crimen contra una niña de diez años y el sospecho una persona declarada enferma mental, por lo que la comunidad esperaba una condena, que no se hubiera producido sin la aplicación de esta excepción.

³⁵ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 129 y ss.

discrecional, que se admitan pruebas que antes se consideraban excluidas, creando con ello una inseguridad jurídica.

El Tribunal Supremo ha moderado la aplicación de esta excepción, como se observa en la STS 28/2003³⁶, dictada dentro de un proceso en el que la policía realizaba seguimientos a un sospechoso de vender droga al menudeo y, lo siguió hasta una cafetería donde le encontró gran cantidad de dinero en billetes pequeños; por tal motivo consiguió orden para registrar su inmueble de habitación y encontró droga en su interior. A pesar de ello, la diligencia no se realizó en presencia del interesado, cuestión que de acuerdo a la ley española es condición para su validez, por lo que lo hallado también quedó afectado por la ilicitud. Pero con posterioridad se dio la confesión del procesado, la cual se hizo en presencia de abogado y bajo las formalidades legales.

Para el Tribunal Supremo, entre esta confesión posterior y los hallazgos que lo comprometían, encontrados en el registro ilícito, sí existía una conexión física y también de antijuridicidad, por lo que la confesión debía también excluirse y teniéndose en cuenta que las demás pruebas de cargo eran débiles, el Tribunal absolvió al condenado.

En esta oportunidad, el Tribunal advirtió que la doctrina de la conexión de antijuridicidad debía manejarse con precaución porque, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, había que evitar que se constituyera en una fórmula de inseguridad jurídica que deje sin efecto el contenido del art. 11.1 LOPJ.

Para prevenir la aplicación excepcional de esta doctrina, la STS 511/2015³⁷, advirtió la forma correcta de aplicar la conexión de antijuridicidad.

Indicó el Tribunal que debía partirse de la valoración de la perspectiva externa, es decir, de las características de la vulneración del derecho afectado y las necesidades esenciales de su tutela; de tal manera que, si la actuación procesal que había generado la ilicitud vulneraba las necesidades esenciales de tutela de ese derecho, no cabría examinar la perspectiva interna, ya que todas las pruebas que resultaran derivadas ya eran ilícitas, como por ejemplo, cuando se hubieran obtenido pruebas mediante tortura.

Entonces, solo si una vez examinada la perspectiva externa, se advierte que la ilicitud no ha conculcado la esencia misma del derecho, podía entrar a examinarse

³⁶ STS 28/2003, de 17 de enero, Ponente Sr. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

³⁷ STS 511/2015, de 21 de julio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

las pruebas derivadas y si estas estaban conectadas jurídicamente con la prueba ilícita o apenas natural y físicamente.

En ese orden de ideas, con relación a las intervenciones telefónicas, la Sentencia advierte que sí hay una vulneración total del derecho al secreto de las comunicaciones, cuando se realizan escuchas telefónicas sin orden judicial habilitante y no, cuando existe la orden, ha sido proferida por juez competente pero la motivación ha sido insuficiente.

Tenéndose en cuenta que en el supuesto de hecho de la decisión, la existía una autorización de interceptación telefónica pero insuficientemente motivada, el Tribunal avanzó en el análisis de las pruebas derivadas, para concluir que en este caso, esta sí tenía una conexión antijurídica.

Se trató de un caso donde una vez declarada la nulidad parcial de unas escuchas telefónicas -por motivación insuficiente-, el procesado declaró en el juicio, pero lejos de haber confesado su participación en el delito de drogas – que es lo que ocurre normalmente, rompiéndose así la conexión con la prueba ilícita-, el acusado justificó su presencia en el lugar de los hechos. Al momento de fallar se cotejó esta versión con hechos que se conocieron a raíz de las escuchas declaradas ilícitas y por tanto, sí se mantuvo la conexión de antijuridicidad con la prueba prohibida, sin que se pudiera considerar que la versión del acusado, aunque posterior a la declaración de nulidad de las escuchas, careciera de conexión de antijuridicidad.

4.2.4. Alcance de la expresión “violentando”

El término “violentando” sugiere que se ha debido producir una transgresión grave, es decir, con transcendencia en su afectación³⁸, por lo que las lesiones de rango inferior no entran en esta categoría, sino dentro de la irregularidad probatoria, a las cuales se les aplica el régimen de nulidad, sin que en este último supuesto, se afecten las pruebas derivadas.

URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO³⁹ consideran que existen tres situaciones en que la infracción ha sido grave y, por lo tanto, ha existido la violencia de que trata el art. 11.1 LOPJ. Estas son:

³⁸ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención...*, cit., p. 280.

³⁹ URBANO CASTRILLO, Eduardo de, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal...*, cit., pp. 46 y 47.

- cuando las pruebas se obtienen habiendo prescindido de las normas del procedimiento de manera total y absoluta;
- cuando se han producido defectos procesales que determinan una indefensión real y efectiva del acusado; y
- cuando esa prueba defectuosa es la única, de tal manera que no hay otra forma de sanarse o complementarse con otros medios de prueba.

4.2.5. Alcance de la expresión “derechos fundamentales”

El contenido a dar a la expresión “derechos fundamentales” ha sido una cuestión muy polémica, en el sentido de determinar si se circunscribe únicamente a los derechos fundamentales o, en general, a todos los derechos constitucionales, incluso, si puede alcanzar a los derechos fundamentales que no aparecen en la Constitución; incluso, saber qué sucede cuando no se trate de derechos fundamentales sino de normas procesales ordinarias.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁴⁰ considera que el ámbito de aplicación del art. 11.1 LOPJ debe incluir la violación de derechos fundamentales y también de aquellos que no tienen ese carácter, para que sea el tribunal ordinario el que pueda pronunciarse sobre su falta de efecto y el asunto no se enmarque en lo meramente constitucional.

Sin embargo, la posición doctrinal más generalizada, y la de la jurisprudencia, es que la sancionó el art. 11.1 LOPJ, que se aplica únicamente a la vulneración de los derechos fundamentales; las afecciones atinentes a otras normas da lugar a la *prueba irregular* y no a la *prueba ilícita*.

Ahora bien, estando ya sobre el punto que trata sobre derechos fundamentales, la discusión se centra en si el art. 11.1 LOPJ se refiere únicamente a los derechos fundamentales de los arts. 14 a 29 CE, o si incluye otras normas constitucionales que garantizan derechos.

Al respecto, la STC 114/1984, de 29 de noviembre que fue la base que dio lugar al art. 11.1 LOPJ, señala que los argumentos del recurrente se refieren a los derechos fundamentales enmarcados en el art. 44.1 LOTC, y estos son los reconocidos en los arts. 14 a 29 CE y la objeción de conciencia prevista en el art. 30 CE, sin que la decisión de esta Sentencia haya ampliado este marco de

⁴⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas...*, cit., pp. 142 y 143.

referencia. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que el art. 11.1 LOPJ protege a todos los derechos fundamentales independientemente del lugar donde estén consagrados.

Para DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES⁴¹, no hay duda de que los derechos cuya vulneración acarrea la ilegalidad son los derechos fundamentales, mientras que la lesión de la legalidad ordinaria no está cubierta por el art. 11.1 LOPJ; consideran que los derechos fundamentales referidos en la norma no se circunscriben a los contemplados en los arts. 14 a 29 CE, sino que se trata de *todos* los derechos que son *fundamentales*.

En el mismo sentido, URBANO CASTRILLO y TORRES MORATO⁴² sugieren que en estos casos, donde se pretende defender libertades y derechos, es mejor tener una interpretación amplia puesto que la verdad no puede obtenerse a cualquier precio.

MIRANDA ESTRAMPES⁴³ y GÓMEZ COLOMER⁴⁴ están de acuerdo con esta misma posición.

Frente al tema de las intervenciones telefónicas, que interfieren en el goce de las garantías del art. 18.3 CE, la Fiscalía General del Estado⁴⁵ indica que deben considerarse infracciones de alcance constitucional la ausencia de motivación, la infracción del principio de proporcionalidad, la total indeterminación del tipo delictivo que motiva la intervención, y la indeterminación del tiempo de la intervención.

4.2.6. Diferencia entre ‘prueba ilícita’ y ‘prueba irregular’

Dado que el art. 11.1 LOPJ sólo incluye como pruebas admisibles aquellas que vulneran los derechos fundamentales, aún sea en su acepción más amplia, se excluye de sus consecuencias la prueba irregular o ilícita, es decir, a los actos

⁴¹ DÍAZ CABIALE, José Antonio, MARTÍN MORALES, Ricardo, “La teoría . . . , *cit.*”, pp. 39-49.

⁴² URBANO CASTRILLO, Eduardo de, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita . . . , cit.*, p. 47.

⁴³ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita . . . , cit.*, p. 71.

⁴⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba obtenida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles”, *Anuario de Derecho Penal*, 2008, p. 160.

⁴⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 115.

procesales irregulares o defectuosos que, por alguna circunstancia, han infringido la legalidad ordinaria o cuya práctica no se ajustó a las formas de la ley procesal penal⁴⁶.

Estos actos, que en ocasiones pueden ser subsanables⁴⁷, no obstante acarrear responsabilidad de sus autores. Para el Tribunal Supremo⁴⁸, cuando la ilicitud ha sido de rango inferior puede darse el caso donde sea posible que deba prevalecer el principio de verdad material, por lo que en cada caso debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada, su consideración a su auténtico y real fundamento y su verdadera esencia y naturaleza, para determinar las consecuencias que acarrea la falta procesal.

Con relación a las escuchas, el Tribunal Supremo señaló la diferencia entre las consecuencias de la prueba ilícita y la prueba irregular⁴⁹. Se trató de un proceso donde las intervenciones telefónicas habían sido ordenadas judicialmente, pero no se aportaron los resultados originales al juzgado, por lo que se adujo una falta de control. El Tribunal indicó que no podía confundirse la licitud constitucional de la medida, con la de plano inferior de regularidad procesal, que sólo produce afectación a nivel de la legalidad procesal ordinaria.

En el mismo sentido, y respecto a las intervenciones telefónicas, la STC 121/1998⁵⁰ indicó que la defectuosa incorporación del resultado de las escuchas no vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones, aunque, en todo caso, se trataba de irregularidad procesal que impedía que esa fuente de prueba desvirtuara la presunción de inocencia. Pero que por tratarse de una irregularidad procesal y no de una ilicitud probatoria, aquella información que la Policía Judicial había conocido a través de la intervención telefónica, es decir, en razón del uso de ese medio de investigación, podía introducirse en el juicio oral a través de otros medios de prueba diferentes a las grabaciones, como por ejemplo, las declaraciones de esos funcionarios de la policía judicial.

⁴⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita...*, cit., p. 49.

⁴⁷ MORENO CATENA, Víctor, "Los elementos probatorios obtenidos con afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal". En: *Prueba y proceso penal*, Juan Luis Gómez Colomer coord., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 105.

⁴⁸ STS de 29 de marzo de 1990, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

⁴⁹ STS de 11 de octubre de 1994, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.

⁵⁰ STC 121/1998, de 15 de junio.

En la STS 647/2010⁵¹ el Tribunal Supremo indicó que como ya habían cesado las escuchas telefónicas, no era posible hablar de infracción al derecho del secreto de las comunicaciones, por lo que las vulneraciones que se presentaran a partir de ese momento eran defectos, errores o irregularidades de orden procesal, que impedían la práctica de la prueba o su valoración como medio de prueba, pero no negaban su utilidad como medio de investigación.

En conclusión, la diferencia fundamental entre la prueba ilícita y la prueba irregular es que en la primera se da el *efecto reflejo*, mientras que en la segunda no se da. Para el caso de las intervenciones telefónicas ilegales, significa que ni lo escuchado ni lo que se llegue a conocer u obtener a través de esa escucha puede ser tenido en cuenta de ninguna forma —salvo las excepciones ya indicadas—; en cambio, cuando se trata de una prueba irregular, la Policía Judicial puede declarar en el juicio que utilizó este medio de investigación y dar fe de lo escuchado.

Ante esta posibilidad de poder llevar al juicio aquello viciado de legalidad ordinaria, pareciera que en estos casos no hay ninguna consecuencia adversa. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la apreciación del juez con respecto a su valor probatorio es diferente al no conocer estos resultados a través de las grabaciones sino de un testimonio, por lo que la irregularidad probatoria también significa un perjuicio al momento de hacer valer los resultados de la investigación en el juicio.

4.2.7. Tratamiento procesal de la ilicitud de la prueba

El Capítulo III de la Ley Orgánica del Poder Judicial trata el tema de las nulidades de los actos judiciales. En el art. 238 LOPJ se señalan los casos en que los actos procesales serán nulos de pleno derecho:

- a) cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional;
- b) cuando se realicen bajo violencia o intimidación;
- c) cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión;
- d) cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva; y

⁵¹ STS 647/2010, de 22 de junio, Ponente Sr. Joaquín Gimenez García.

e) cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario Judicial.

En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.

Como puede comprobarse, el art. 238 LOPJ mezcla los casos de ilegalidad de la prueba con los de la prueba irregular: cuando suceden los supuestos de los apartados 1 y 2, de esa norma, de conformidad con lo dispuesto en el art. 239 LOPJ, se producen las consecuencias de la prueba ilícita, porque entraña la nulidad de todos los actos relacionados, e incluso se contempla la posibilidad de ejercer la acción penal.

En todo caso, según el art. 243 LOPJ, la nulidad de un acto no implica la de los actos sucesivos independientes de aquél, ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

En los demás casos contemplados por el art. 238 LOPJ, se da la nulidad por prueba irregular y como se indica en los apartados 3 y 4 del art. 243 LOPJ, el juzgado o el tribunal pueden subsanar el acto viciado cuando se trate de defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre y cuando en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley, y en los casos, condiciones y plazos previstos en las leyes procesales.

La nulidad —absoluta o relativa— no se declara de forma automática al constatarse el vicio o defecto, como sucede con la prueba ilícita, sino que debe haberse producido un perjuicio concreto, o una situación de indefensión, en la parte que la alega o en el órgano judicial que la aprecia. Si el acto viciado no genera ningún perjuicio será válido. De otra parte, el acto nulo también puede subsanarse, como es el caso de una transcripción de las comunicaciones incompleta cuando se cuenta con las grabaciones originales⁵².

De acuerdo con la mayoría de la doctrina, la ilicitud probatoria puede y debe ser abordada prontamente para evitar el efecto psicológico de la prueba ilícita, considerada como su efecto indirecto en el enjuiciamiento de los hechos, ya que si el juez la conoció podría valorarla inconscientemente⁵³, de ahí la importancia de la debida motivación de las sentencias, ya que esto obliga al juzgador a analizar y

⁵² ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida...*, cit., p. 27.

⁵³ PICÓ I JUNOY, Juan, *El problema de la prueba psicológica de la prueba ilícita* (<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probatica.pdf>).

valorar, una a una, las pruebas que tuvo en cuenta para proferir la sentencia y que, la declaración de la ilicitud de la prueba se haga en etapas tempranas y no en el juicio.

De acuerdo con MIRANDA ESTRAMPES⁵⁴, la ilicitud se puede producir de fuera o dentro del proceso: el primer supuesto, que es el que se presenta más frecuentemente y es donde hay mayor posibilidad de vulnerar derechos fundamentales, aparece durante la obtención de fuentes de prueba, por lo que afecta la labor de investigación, con independencia de quién haya obtenido la prueba y la buena o mala fe con que haya obrado; el segundo caso, ocurre al momento de la incorporación de los medios de prueba al proceso, por lo que se afecta la proposición, admisión y práctica de la prueba.

Es por esta razón que la doctrina⁵⁵ y la jurisprudencia⁵⁶ han indicado que durante la etapa de instrucción, que es en la que se practican las intervenciones telefónicas, si el Juez de Instrucción observa que se han practicado actos de investigación con violación a derechos fundamentales debe proceder a excluirlas, acción que le está vedada con relación a los actos irregulares, que ya serán de competencia del juez encargado de llevar a cabo el enjuiciamiento.

GÓMEZ COLOMER⁵⁷ sintetiza en las siguientes características la forma en que el art. 11.1 LOPJ consagra la teoría de la prueba prohibida o regla de exclusión:

- las pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales —que son los consagrados por la Constitución española— no surten efectos en el proceso;
- las pruebas obtenidas indirectamente violentando derechos fundamentales tampoco surten efectos en el proceso;
- no importa quién haya conseguido la prueba ilícita;
- no importa el momento procesal en que se haya obtenido la prueba prohibida;
- no importa la clase de proceso en que se quiera hacer valer; y

⁵⁴ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 28 y ss.

⁵⁵ URBANO CASTRILLO, Eduardo de, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita...*, cit., p. 60; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita...*, cit., p. 128; CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., pp. 338 y ss.

⁵⁶ STS 1654/1993, de 24 de junio, Ponente Sr. Enrique Ruiz Vadillo.

⁵⁷ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba obtenida...”, cit., pp. 153 y 154.

– si es prueba prohibida, se excluye del proceso, es decir, queda prohibida su admisión, práctica y valoración.

4.3. Valor del resultado de las escuchas lícitas

Hasta este momento, se ha hecho énfasis en el valor de las intervenciones telefónicas como un medio de la investigación útil para establecer la ocurrencia o las circunstancias de determinados delitos y sus responsables⁵⁸, para lo cual fue necesario desligarlas de otras actividades de investigación que se les relacionan, señalar su regulación y las consecuencias de su ilicitud.

A continuación, se analizará la vocación probatoria de sus resultados, una vez incorporados válidamente en el proceso penal, donde puede actuar como fuente de prueba o como medio de convicción, diferencia que depende de la forma en que han obtenido las escuchas.

En todo caso, para efectos de determinar el valor probatorio de los resultados de las intervenciones telefónicas se aplica lo indicado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la valoración de la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes para el proceso (arts. 382 a 384 LEC), respecto a la inexistencia de tarifa probatoria específica alguna, pues conforme lo indican las normas mencionadas la prueba se somete a las reglas de la sana crítica del Tribunal, según sean las circunstancias de caso en particular.

4.3.1. El resultado de las escuchas como medios de convicción

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en su Capítulo II la forma de practicar la prueba durante el juicio oral. De ahí se colige que la prueba emerge al ser practicada durante el juicio. Pese a lo anterior, con frecuencia la misma Ley utiliza la expresión prueba material para determinar aquello que realmente es una pieza de convicción. Tal sería el caso de los arts. 13, 15.1, 38, 282, 326 y 330 LECR.

Esto significa que existen piezas de convicción señaladas como medios de prueba, pero también existen medios de prueba que pueden allegarse como medios de convicción, o cuando menos exponerse durante el juicio como tales.

⁵⁸ Que consiste en la vigilancia electrónica de comunicaciones específicas realizadas a través de una línea telefónica, interfiriendo con el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones.

En ese orden de ideas, la grabación de una conversación telefónica puede ser un medio de convicción y, por lo tanto, materia de inspección en el juicio, cuando por ejemplo, es el elemento material de una falsificación o se haya recogido la cinta durante una diligencia de registro.

Para algunos autores, los resultados de las intervenciones telefónicas siempre son un medio de convicción. Este es el caso de MONTERO AROCA⁵⁹, ya que el documento tiene siempre el carácter de escrito, mientras que la pieza de convicción puede ser cualquier objeto susceptible de probar un hecho con trascendencia dentro del proceso, al que es incorporado mediante un procedimiento propio.

Este autor apoya su tesis en varias sentencias del Tribunal Supremo: en una de ellas se define la pieza de convicción como cualquier objeto inanimado apto para probar un hecho, que se incorpora unido a los autos o aparte protegido por etiqueta⁶⁰; en una segunda, se incluyen dentro de las piezas de convicción a las cintas que puedan identificar voces⁶¹.

Otros tratadistas sí reconocen el carácter probatorio de las escuchas. Tal es el caso de ALONSO PÉREZ⁶², quien incluye entre los requisitos generales de las escuchas telefónicas que tengan una finalidad exclusivamente probatoria; por tanto, con esta exigencia se busca que las mismas no vayan encaminadas a fines diferentes a establecer un delito o los responsables del mismo. Las grabaciones hechas por la Policía Judicial en uso de sus funciones, de las llamadas interceptadas con autorización motivada del Juez de Instrucción dentro de un proceso penal y sus transcripciones, están destinadas a convertirse en prueba durante el juicio. Adicionalmente, este contenido no siempre es escuchado o inspeccionado durante la audiencia, por lo que definitivamente no puede negárseles su valor de medio de prueba independiente.

En conclusión, cuando las conversaciones se aportan como *objeto de la investigación* son piezas de convicción, pero cuando son *medio de investigación* tienen vocación de ser fuente de un medio de prueba. Cuando la Policía Judicial halle grabaciones de conversaciones telefónicas y las aporte al proceso, o cuando

⁵⁹ MONTERO AROCA, Juan, *La intervención...*, cit., p. 280.

⁶⁰ STS de 1 de febrero de 1983, Ponente Sr. Luis Vivas Marzal.

⁶¹ STS de 16 de junio de 1983, Ponente Sr. Eduardo Móner Muñoz.

⁶² ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación...*, cit., p. 400.

sean las partes quienes realicen el aporte, estos elementos serán piezas de convicción; en cambio, cuando las grabaciones de conversaciones telefónicas se obtengan como resultado de la diligencia regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podrán ser prueba documental o hecho indicador generador de indicio.

Siendo así las cosas, conviene ahora analizar y determinar de qué clase de medio de prueba se trataría.

4.3.2. Resultados de las intervenciones telefónicas como fuente de medio de prueba

Las escuchas telefónicas han sido catalogadas como medio de investigación, con vocación a convertirse en fuente de prueba en el proceso dentro del cual se han ordenado; e incluso son aptas para recoger noticias de la presunta comisión de otros crímenes los cuales, en algunos casos, deberán ser investigados de manera separada a dicha actuación procesal en que se ha ordenado la intervención telefónica.

El hecho de que las conversaciones telefónicas del investigado se recojan antes del juicio no ubica a las escuchas telefónicas dentro de la ‘prueba anticipada’. Al realizarse la intervención telefónica lo que se está haciendo es preconstituir una fuente de prueba que se asegure en una grabación y se aporte al proceso mediante un medio de prueba⁶³.

Esta actividad de aseguramiento de fuentes de prueba para posterior valoración de los conocimientos adquiridos por esta vía⁶⁴ debe ser ubicada dentro de los parámetros de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que esta norma no clasifica el producto de las escuchas como una prueba independiente y autónoma, sino que dispone que durante el juicio se pueden llegar a practicar las siguientes pruebas:

- confesión de los investigados y civilmente responsables;
- examen de los testigos;
- informe pericial;
- prueba documental e inspección ocular; y
- otros medios probatorios, remitiéndose a lo dispuesto en el art. 299 LEC.

⁶³ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., pp. 104-105.

⁶⁴ RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención...*, cit., p. 115.

Todas estas pruebas tienen una relación con los resultados de las escuchas telefónicas, por lo que se pasará a interrelacionarlas una a una.

4.3.2.1. Las escuchas telefónicas como prueba documental

Para determinar si el resultado de las escuchas telefónicas puede ser presentado como prueba documental en juicio, previamente, debe estudiarse lo que se entiende por 'documento' y cuáles son sus características, de acuerdo a la posición de la jurisprudencia y la doctrina.

Pero, en todo caso, de antemano es importante recalcar que aun cuando se indicara que las escuchas fueran documentos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Decreto 2783/1978, de 17 de octubre, han señalado eventos donde, por simple lógica, no puede entenderse que las piezas de convicción son documentos, como sería el caso de la devolución de piezas de convicción al dueño conocido, o la conservación de piezas de convicción en materia de depósitos judiciales⁶⁵.

4.3.2.1.1. Definición del documento

MITTERMAIER⁶⁶ considera que los documentos son objetos inanimados que vienen a atestiguar en el proceso, bien sea, de manera casual o porque han sido producidos expresamente para servir de prueba procesal.

De acuerdo a FRAMARINO DEI MALATESTA⁶⁷, documento es una atestación personal hecha por escrito, con conocimiento de causa, no reproducible oralmente y destinado a dar fe de los hechos atestados y centra el documento en las siguientes bases:

1) que se trate de un escrito, y con esto distingue claramente el documento de los *monumentos* o *monumenta*⁶⁸, nombre con el que el autor se refiere a las atestaciones personales destinadas a perpetuar la memoria de un hecho, como las

⁶⁵ MONTERO AROCA, Juan, *La intervención...*, cit., p. 270.

⁶⁶ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra*, Madrid, Ed. Reus S.A., 1929, p. 275.

⁶⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Tomo II, Bogotá, Temis, 1995, pp. 341-347.

⁶⁸ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas...*, cit., Tomo II, p. 341.

tumbas, o a proclamar un derecho, como los hitos de los linderos de una propiedad o a traducirlo en símbolos como los blasones, los cuales considera documentos pero en sentido amplio;

2) que exista conocimiento y voluntad, por parte de quien lo elabora, de tal manera que no considera documento a las atestaciones que hace una persona sin conocimiento de causa, a las cuales el autor considera como “la exteriorización material de un estado espiritual, que puede ser simplemente una aberración y una enfermedad”⁶⁹;

3) que no se trate de una prueba material, puesto que cuando el escrito es el objeto mismo de la acción criminal, como es el caso de una falsificación, dicho escrito falso no es medio de prueba sino el cuerpo del delito;

4) que el escrito no sea susceptible de reproducirse verbalmente, pues en este caso se trata materialmente de una prueba testimonial que no tiene vida propia, mientras que el documento la tiene porque es prueba completa en sí misma y está separado de su autor. La no reproductividad oral de un escrito puede radicar en: un precepto legal que le otorgue el carácter de auténtico, un criterio lógico que impida la reproducción, o las condiciones físicas o morales del declarante; pero en todo caso se trata de documento;

5) que el escrito esté destinado a dar fe de la verdad de los hechos consignados.

De otra parte, la verdad del documento, depende de tres condiciones:

- que exista correspondencia entre lo que aparece escrito y lo que se escribió⁷⁰;
- que exista correspondencia en las firmas; y
- que exista correspondencia entre lo consignado y lo que sucedió.

De no cumplirse estas condiciones se estaría ante la falsedad material, personal o ideológica, respectivamente.

⁶⁹ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas...*, cit., Tomo II, p. 343.

⁷⁰ Este tipo de correspondencia es llamada también autenticidad intrínseca objetiva. La autenticidad extrínseca corresponde a la integridad corporal del documento, o de las formalidades concretas del mismo.

Al lado de las definiciones antes indicadas, encontramos otras que no circunscriben el documento a un escrito, como son las de CARNELUTTI⁷¹, quien incluyó dentro de la noción de documento la reproducción fotográfica y la de cine.

De igual forma, CLIMENT DURÁN señaló al respecto que “el documento es un medio probatorio caracterizado por ser una pieza de convicción con un determinado contenido ideológico, producto del pensamiento humano, y que está destinado a formar la convicción del juzgador sobre un hecho a que el mismo se refiere”⁷² y además, el autor advierte que FENECH también había incluido, dentro del alcance de los documentos, la consignación de imágenes y sonidos, ya que los pensamientos humanos no se limitan a la expresión escrita⁷³.

CASANOVA MARTÍ⁷⁴ advirtió que la doctrina tiene tres nociones de documento: la primera, es una concepción amplia que incluye cualquier objeto físico mueble, susceptible de ser llevado ante la presencia del juez; la segunda, se remite únicamente al escrito; y, la tercera y mayoritaria, que se refiere a todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso.

En este sentido, el art. 26 CP define documento como todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica, por lo que puede observarse que esta definición, no impide que se consideren documentos las fotografías, las filmaciones y las grabaciones, ya que todas éstas constituyen un soporte material que incorpora datos.

Y con relación a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo⁷⁵ indica que el documento escrito se considera documento por antonomasia, y advierte que no se encuentran razones para no darle el mismo carácter a documentos diversos, siempre y cuando sean indelebles.

Además de puntualizar la perdurabilidad que debe acompañar al documento, habida cuenta su vocación probatoria, en esta sentencia le incluye otras características: que proceda de un ser humano determinado o determinable; que

⁷¹ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, Tomo I, Valencia, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 2005, p. 90.

⁷² CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, *cit.*, Tomo I, p. 605.

⁷³ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, *cit.*, Tomo I, p. 599.

⁷⁴ CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, *cit.*, pp. 303 y 304.

⁷⁵ STS 78/1998, de 22 de enero, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid.

el contenido de la declaración sea significativa en sí misma; que tenga entrada o vocación de entrada al tráfico jurídico y que sea original, salvo lo previsto para ciertas copias.

4.3.2.1.2. Elementos del documento

De acuerdo a CLIMENT DURAN⁷⁶, un documento tiene tres módulos: un soporte material, una información o contenido ideológico y un autor. MONTERO AROCA⁷⁷ señala que son cinco, y no tres, el número de elementos del documento. En este orden de ideas, serían los siguientes: la cosa; el contenido, que es lo que se manifiesta allí; la forma de representación, es decir, el modo en que se manifiesta el contenido, como por ejemplo, la escritura, la imagen, el sonido...; el autor y la fecha, que si bien no tienen que estar dentro del documento, es indispensable se determinen para efectos de la validez del mismo. Al analizar los tres primeros, puede observarse que se trata de los mismos componentes:

El soporte material está integrado por dos elementos: la materia y la sustancia que sustenta físicamente el documento, como serían el papel, la cinta, la escritura, la imagen, el sonido, etcétera.

La información es el producto del pensamiento humano que aparece en ese soporte documental y las circunstancias en las cuales se incorpora el mensaje, V. g. la fecha y el mensaje en sí.

Y el autor, la persona que lo realiza. Hay que tener en cuenta que en algunos casos, pueden aparecer por lo menos dos fuentes humanas en el documento. En estos casos no se trata de varios autores. Tal sería la situación de las grabaciones, de las películas, de las fotografías, de las radiografías, de las grabaciones, de las tomografías, de las ecografías, de los electroencefalogramas y de los electrocardiogramas, cuando el objeto de lo filmado, lo fotografiado o lo examinado por el médico sea un ser humano.

En estos eventos, la conciencia y voluntad de crear el documento debe predicarse del autor del documento, no del ser humano que aparece dentro del contenido o la información. Esta consideración es fundamental tratándose de

⁷⁶ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, p. 603.

⁷⁷ MONTERO AROCA, Juan, *La intervención...*, cit., pp. 266 y ss.

grabación de escuchas telefónicas, donde la policía judicial hace la grabación y es la voz de otra persona la que, sin saberlo, conforma el contenido.

4.3.2.1.3. Documentos públicos y documentos privados

De manera tradicional se ha dicho que los documentos se dividen en públicos y privados y del carácter de privado o público de un documento depende su acreditación o impugnación en el juicio.

El art. 317 LEC realiza una larga enumeración de documentos públicos, donde se incluyen los judiciales, los notariales, los de corredores comerciales, los colegiados, los de registro de propiedad y mercantil de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, y archivos y registros de entidades de derecho público. En todo caso, el 'documento público' goza de presunción legal de autenticidad, lo que significa que debe aceptarse como válido a menos que medie una expresa impugnación que sea estimada.

En contraste, el 'documento privado' es aquel que no reúne las condiciones para ser público. Actualmente, y de acuerdo al art. 326 LEC, esta tipología de documento tiene presunción de autenticidad cuando las otras partes procesales guarden silencio, es decir, si no impugnan su autenticidad. De igual forma, para facilitar el tráfico comercial, ciertos documentos de comercio se presumen auténticos.

4.3.2.1.4. Las intervenciones telefónicas y la prueba documental. ¿Pueden considerarse las escuchas telefónicas como documentos?

Las grabaciones que recogen los resultados de las escuchas telefónicas se acopian en cintas, discos compactos o en instrumentos informáticos, con el objeto de ser presentadas en juicio con las debidas formalidades del caso o con base en estas se elaboran documentos informáticos⁷⁸; que es lo que ocurre con las grabaciones recogidas por el SITEL, que se protegen con la firma digital.

⁷⁸ El art. 5 modifica la Ley 59/2003, que en su art. 3 definía al documento electrónico simplemente como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. Esta definición fue modificada por la Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de Información de 2007, que considera al documento electrónico como la información de

Por ello esas grabaciones son documentos y deben apreciarse probatoriamente como tales, según las definiciones de documento dadas en la primera parte de este trabajo. Esta ha sido la posición de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional⁷⁹ y Supremo⁸⁰, el cual señaló que “las grabaciones tiene la consideración de prueba documental (documento fonográfico) por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio, puede hacerse, claro está de maneras distintas”.

Al ser aportadas como documentos, no se hace indispensable la inspección sobre las mismas o su escucha durante la audiencia pública. En otras palabras: se pueden dar por reproducidas, siempre y cuando se hayan incorporado con las debidas garantías y sometido a contradicción⁸¹, a menos que circunstancias particulares sugieran dicha necesidad.

En todo caso, la situación es diferente cuando obran como piezas de convicción, caso en el cual serán objeto de inspección ocular, como sucede cuando se trate de la grabación hallada en la escena de un delito, o durante una diligencia de registro de inmueble o en los juicios donde se discuta si se trata de una grabación falsa, caso en el cual dicha grabación sería el cuerpo del delito.

Con relación a las transcripciones también se tienen como documento público, ya que son elaboradas por el Secretario del Juzgado⁸². Sin embargo, la doctrina⁸³ considera que las transliteraciones son sólo un útil soporte, ya que es más fácil manejar un escrito que una cinta magnetofónica. Como lo ha admitido la jurisprudencia⁸⁴, el órgano judicial no puede escuchar personalmente todas las

cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, y establece unos requisitos para que tenga la naturaleza de documentos público o administrativo.

⁷⁹ STC 26/2010, de 27 de abril.

⁸⁰ STS 506/2013, de 22 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

⁸¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 105; y las SSTC 128/1988, de 27 de junio, y 26/2010, de 27 de abril.

⁸² CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 308.

⁸³ MONTERO AROCA, Juan, *La intervención...*, cit., pp. 298-301.

⁸⁴ STS 165/2013, de 26 de marzo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García: “Solo de este modo será posible ejercer el control judicial efectivo mientras dure este medio de investigación, ello no quiere decir que el Juez de Instrucción deba tener acceso directo al contenido de las intervenciones mediante la audiencia de las cintas o lectura íntegra de sus transcripciones. Ya en el fundamental

grabaciones, por lo que necesita una guía que le ubique las que son trascendentales para la investigación, ya que el juez no está relevado de ejercer un control efectivo sobre la medida en todas sus etapas.

En razón a que el control que le corresponde ejercer el juez debe ser efectivo, su labor no puede limitarse a refrendar lo dicho por la Policía Judicial: por lo que a pesar de sus otras funciones, debe ejercer un acompañamiento controlado de las labores de la Policía Judicial, en especial al momento de decidir sobre las prórrogas.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que el texto como tal no recoge aspectos fundamentales para la comprensión de la comunicación entre las partes, como lo son el acento y la entonación, que son elementos importantes para entender el texto y para comprender el lenguaje paraverbal que acompaña la transmisión del mensaje.

De acuerdo a la Regla de Mehrabian —o Regla del 7-38-55⁸⁵—, el texto del mensaje transmitido corresponde apenas al 7% de lo que percibe el interlocutor, mientras las expresiones paraverbales —entonación, proyección vocal, tono, pausas, ritmo— ocupan el 38% y el aspecto más relevante lo constituye el lenguaje corporal o lenguaje no verbal —posición corporal, mirada, expresión facial, gestos, movimiento, respiración...— que equivale al 55% de lo comunicado.

Es evidente que en una comunicación por teléfono no se puede captar el lenguaje no verbal —excepto la respiración— pero, indiscutiblemente, si la transmisión del mensaje tiene carga emotiva, como puede suceder si se está

auto de esta Sala de 18 de Junio de 1992 —caso Naseiro—, en el que está el origen de la actual doctrina jurisprudencial que se comenta, se dice, expresamente: "...Y no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas la conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada...", "...otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el Juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible...".

⁸⁵ CASTEJÓN FERNÁNDEZ, Luis, "¿Cómo desarrollar competencia en hablar en el público universitario?", *Revista Aula Abierta*, 2011, vol. 39, núm. 3, p. 38 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=283408>). Esta regla realiza sobre la comunicación de emociones y de sentimientos, por lo que sus revalúa si se trata de conferencias académicas y en general, de intercambios donde las emociones no sean el eje central.

hablando de la comisión de un delito, los elementos paraverbales son importantes y deberán tenerse en cuenta, por lo que es conveniente que el juez escuche directamente las conversaciones más cruciales para que pueda captar su mensaje a cabalidad, en lugar de limitarse a leer la transliteración.

Debe tenerse en cuenta que la clasificación de las escuchas o de las transcripciones como documentos públicos trae una serie de dificultades doctrinales y prácticas, que se exponemos a continuación.

En primer lugar, las grabaciones de las conversaciones interceptadas, y las transcripciones, realizadas por funcionarios públicos en cumplimiento de sus deberes, son documentos públicos, que certifican, en su orden, que esas fueron las conversaciones, y que lo escuchado por el funcionario es igual a lo que quedó grabado en el medio técnico o electrónico.

En segundo lugar, con relación a la veracidad de lo conversado por las personas intervenidas, existen dificultades al encajar este tipo de grabaciones dentro de la concepción de documento público, ya que probar la veracidad de las afirmaciones realizadas por quienes intervienen en la conversación a través de la presunción de autenticidad del documento público violaría el derecho de defensa. Tampoco puede considerarse que la presunción de autenticidad que acompaña⁸⁶ este tipo de documentos, las conviertan en pruebas cuyo contenido sea indiscutible para el imputado⁸⁷.

Como sucede en la mayoría de los casos en que un funcionario en uso de su cargo recoge manifestaciones de personas que han comparecido ante su presencia, estos se encuentran conscientes de que van a realizar una declaración. A diferencia de lo que ocurre al realizar un documento público regular, donde se advierte a quien provee su contenido que si manifiesta un hecho falso incurre en una conducta punible, si lo que conversan los interlocutores que están siendo intervenidos sin su conocimiento es falso, no se puede proceder penalmente por esa falsedad en su contra.

Pero más importante aún, el lenguaje usado en la comunicación puede ser cifrado o en clave, ya que se trata de actividades delictivas y es natural que quienes participen eviten ser comprendidos por terceros, por lo que no se puede considerar de entrada que el contenido textual de estas conversaciones es veraz y

⁸⁶ Art. 317.5 LEC.

⁸⁷ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 107.

aún más, el contenido de la comunicación, puede ser totalmente falso: la mentira, práctica moralmente reprochable o incluso penalmente reprochable, puede estar presente en una comunicación privada entre particulares que ignoran estar siendo intervenidos. Es así como pueden escuchar, desde las “mentiras sociales”⁸⁸ hasta engaños o maniobras de distracción entre personas que participan de un delito. Si se está frente al desarrollo de una actividad delictiva del crimen organizado, es natural que se tienda a fragmentar la información, hasta el punto de emplearse mentiras para lograrlo⁸⁹. En general, el ámbito del crimen está compuesto de engaños.

En tercer lugar, las condiciones particulares en que se realiza la grabación impiden que el funcionario de fe de la veracidad de lo conversado. La Policía Judicial puede recoger las comunicaciones intervenidas ubicándose en un lugar diferente a aquél en que se hallan quienes realizan la comunicación, es decir, que lo hace sin tener contacto directo con estas personas quienes, además, ignoran que están siendo grabadas y que sus conversaciones constituyen el contenido del documento que se presentará en contra suya dentro de un juicio penal.

El funcionario apenas puede dar fe respecto a que dicha grabación si registra la misma conversación que se ha integrado en el documento, que por tanto, no se ha alterado el contenido de la misma. Pero no puede dar fe de un contenido certero.

En cuarto lugar, esta falta de control que tiene el autor del documento sobre el contenido material no le resta validez. Así lo ha indicado el Tribunal Constitucional, donde a pesar de aceptar que la grabación magnetofónica es susceptible de

⁸⁸ Ese papel social de la mentira se explica claramente en el documental “El Arte de Mentir” (<https://www.youtube.com/watch?v=iZEuqMmPztg>).

⁸⁹ De la definición del art. 2 CNUDOT se colige claramente que un grupo criminal organizado, tienen vocación de permanencia; por lo tanto para lograr esta continuidad en el tiempo, los miembros de la organización criminal incluyen entre sus tácticas de operación, fraccionar la información que reciben los miembros de la misma. Con esto se asegura no dar acceso a información que genere competencia en las actividades delictivas, ni delaciones. Otros medios empleados con el fin de lograr la permanencia de las organizaciones criminales son: infiltrar o corromper los funcionarios que las combaten, violencia, clientelismo, descrédito de las instituciones y sus medios, etcétera.

manipulación, trucaje y distorsión de su contenido —por lo que debe procederse con suma cautela al momento de admitirlas—, defiende su validez probatoria⁹⁰.

En quinto lugar, a pesar de que el autor del documento no tiene el dominio sobre la veracidad material de su contenido, su calidad de funcionario impide clasificarlo como documento privado. Además, considerarlo como un documento privado y, por ende, un documento sujeto a la validación de las partes, incluyendo al investigado, atentaría contra la eficacia de la medida por lo que se desatenderían compromisos adquiridos en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional respecto de la aplicación de las técnicas especiales de investigación.

En sexto lugar, aceptando que la concepción de documento ha venido variando, se tiene que aceptar que la noción del documento público, y de su validez probatoria, no son únicos; y que también pueden cambiar cuando se trate de supuestos de hecho diferentes a aquellos que se consagraron originalmente en la ley, los cuales suponían que quienes acudían ante el funcionario público a plasmar el contenido material de documento público lo hacían con total voluntad de manifestarse ante la autoridad, hasta el punto de ser responsables penalmente en caso de faltar a la verdad.

4.3.2.2. Las escuchas telefónicas y los indicios

Los indicios se relacionan de dos formas con las escuchas telefónicas, a saber: De conformidad con el derogado art. 579 LECR y con el art. 588 bis c 3 a) LECR vigente, la intervención de las comunicaciones debe estar precedida de indicios que demuestren que este es el medio eficaz para descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia importante de la causa, como la responsabilidad criminal. Indicios que deben basarse en hechos objetivos y probados, que podrán ir variando

⁹⁰ STC 190/1992, de 16 de noviembre: “Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de “pruebas” artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria. Por el contrario, la misma existencia de escuchas telefónicas legalmente autorizadas con fines de investigación judicial avala la consideración como medio de prueba de las conversaciones así grabadas, pues, de otro modo, semejante procedimiento resultaría inútil a los pretendidos efectos”.

conforme avanza la investigación ⁹¹ ; pero, en todo caso, no son meras especulaciones.

A estos indicios hemos hecho referencia al estudiar los requisitos procesales de las intervenciones telefónicas.

De igual forma, una vez realizadas las escuchas telefónicas, su contenido puede constituirse en hechos base para inferir otros hechos: bien sea la responsabilidad criminal o alguna circunstancia del crimen que se deba debatir en juicio, máxime por el uso del lenguaje cifrado. Por esta razón, existe una estrechísima relación entre las escuchas telefónicas y la prueba de indicios.

Es esta última connotación de indicio la que se tratará en este aparte.

4.3.2.2.1. Definición de indicio

MITTERMAIER ⁹² define el indicio como un hecho que esta relacionado tan íntimamente con otro hecho que el juez puede llegar a este por medio de una conclusión muy natural.

FRAMARINO DEI MALATESTA ⁹³ señala al indicio como un raciocinio probatorio indirecto, deductivo, que, basándose en la relación de causalidad, llega a lo desconocido partiendo de lo conocido.

La definición de CLIMENT DURÁN ⁹⁴ es similar, aunque más amplia. Para este autor, indicio consiste en la obtención del hecho presunto, partiendo de otro u otros hechos básicos tan estrechamente ligados a éste que probados los hechos básicos se prueba el hecho presunto.

⁹¹ STS 877/2004, de 22 de diciembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁹² MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba criminal...*, cit., p. 300: “un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural”.

⁹³ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas...*, cit., Tomo I, p. 255.

⁹⁴ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, p. 862: “Obtener la prueba de un determinado hecho (hecho presunto) partiendo de otro u otros hechos básicos (indicios), que se prueban a través de cualquier medio probatorio, y que están estrechamente ligados con el hecho presunto, de manera tal que se puede afirmar que, probando el hecho o los hechos básicos, también resulta probado el hecho consecuencia o el hecho presunto”.

ROCHA ALVIRA⁹⁵ advierte que en el indicio es palpante la presencia del principio de causa y efecto, que guía al Juez al descubrimiento de la verdad.

REYES ALVARADO entiende como indicio como “un juicio lógico crítico por medio del cual aplicando una regla de experiencia a un hecho conocido podemos inferir otro hasta entonces desconocido”⁹⁶.

Aunque el indicio es diferente de la ‘presunción’, es común encontrar en algunos textos y jurisprudencias confusión entre ésta y aquél.

FRAMARINO DEI MALATESTA⁹⁷ explica claramente la diferencia entre la presunción y el indicio. Para éste, mientras que la presunción deduce de lo conocido a lo desconocido a partir del principio de identidad, el indicio utiliza el principio de causalidad.

Al indicio también se le confunde con las ‘conjeturas’, confusión que erróneamente le otorga al indicio un carácter dudoso.

ELLERO⁹⁸ separa el indicio de la conjetura. Aunque indica que cuando por medio de una circunstancia se llega a conocer otra se obtiene una prueba indiciaria de conjeturas, artificial e indirecta, éste mismo autor explica cómo dependiendo, bien sea del hecho indicador —al que también llama indicio— o de la validez del instrumento probatorio, cambia la eficacia probatoria del indicio: así, en unos casos será una prueba completa, mientras que en los otros sólo ofrecerá una sospecha vaga.

De igual forma lo apunta CLIMENT DURÁN⁹⁹, cuando explica que desde el punto de vista vulgar presumir es sinónimo de sospechar o conjeturar y, por consiguiente, algo muy cercano a error.

⁹⁵ ROCHA ALVIRA, Antonio, *Conferencias sobre derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1985, p. 41.

⁹⁶ REYES ALVARADO, Yesid, *La Prueba Indiciaria*, Bogotá, segunda edición, Ediciones Reyes Echandía Abogados Ltda., 1989, p. 35.

⁹⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas...*, *cit.*, Tomo I, p. 239.

⁹⁸ ELLERO, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales*, Madrid, quinta edición española, Reus, 1953, pp. 88-89.

⁹⁹ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, *cit.*, Tomo I, p. 861.

Al igual que FRAMARINO DEI MALATESTA, la jurisprudencia española ha sido enfática en el tema de la diferencia entre el concepto vulgar de presunción como sinónimo de indicio, y el indicio como prueba judicial.

Cabe resaltar aquí algunas sentencias del Tribunal Supremo:

– la STS 202/1998¹⁰⁰, donde de manera clara se indica que el método deductivo —que es el que utiliza el indicio— no tiene nada que ver con las simples conjeturas, sospechas, ni con las suposiciones; y

– la STS 433/1998¹⁰¹ enseña que la prueba indiciaria es válida para destruir la presunción de inocencia, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de la misma y dé la explicación del discurrir jurídico de la referencia. Agrega la Sentencia que en el entorno del Derecho Penal puede *deducirse*, y de ahí que se acepta la prueba indiciaria, pero no puede *suponerse*.

Por su parte, el Tribunal Constitucional realiza de manera diáfana la distinción entre indicios y conjeturas. Argumenta el Tribunal que mientras el indicio es una prueba, las sospechas y conjeturas constituyen una concepción vulgar, carentes de un nexo coherente y lógico entre el hecho probado y el que se pretende probar¹⁰².

La complejidad de la prueba de indicio ha llevado a construir falsos juicios sobre este medio probatorio. De esta forma, es común encontrar que suele llamarse indicio a cualquier pieza procesal que no reúne las condiciones propicias para considerarse un medio de prueba determinado. Como ejemplo de ello es común observar que erróneamente se considera indicio a la confesión realizada sin la presencia de un abogado, que por tanto no puede considerarse confesión, o se

¹⁰⁰ STS 202/1998, de 13 de febrero, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz: “Método deductivo que como medio legítimo de investigación nada tiene que ver con las simples conjeturas o sospechas, menos con las suposiciones”.

¹⁰¹ STS 433/1998, de 16 de marzo, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz.

¹⁰² STC 109/2002, de 6 de mayo: “El único modo de distinguir entre la verdadera prueba de indicios y las meras sospechas o conjeturas, es comprobar que el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido es coherente, lógico y racional. La falta de concordancia con las reglas del criterio humano o, en otros términos, la irracionalidad, se puede producir, tanto por falta de lógica o de coherencia en la inferencia, cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, cuanto por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia”.

indica que el contenido de una comunicación interceptada sin autorización judicial sirve como un indicio.

Desde este momento se hace necesario aclarar, que no es indicio, ni se puede considerar como tal, la prueba carente de validez, la prueba ilícita ni la que ha sido allegada al proceso de manera irregular. De igual manera, los indicios tampoco son pruebas imperfectas¹⁰³, no constituyen el camino para validar pruebas nulas ni para introducir pruebas inexistentes.

Tal como lo ha indicado el Tribunal Constitucional en la STC 109/2002, los indicios realizados y valorados conforme a la ley y a las indicaciones de la jurisprudencia son susceptibles de producir certeza en el juez, ya que el indicio es un verdadero medio de prueba y como tal, va encaminado a convencerlo sobre la teoría del caso, aunque en esta oportunidad lo haga basándose en la razón de juzgador, mientras que los demás medios de prueba se apoyan en lo que percibe a través de sus sentidos.

El indicio es una prueba indirecta y secundaria por cuanto se basa en una prueba directa y primaria, pero no por ello es menos importante; de hecho, el indicio siempre está presente ya que el acto de juzgamiento es, ante todo, un acto de raciocinio y la valoración conjunta de las pruebas es un acto de la razón¹⁰⁴; de razón dialéctica, que saca su conclusión de proposiciones probables, que en términos de Aristóteles consiste en que parezca como tal, bien sea, a todos los hombres, a la mayoría de éstos, a los sabios o a la mayoría de éstos y entre todos a los más ilustres y dignos de crédito¹⁰⁵.

4.3.2.2. Elementos del indicio

CLIMENT DURÁN¹⁰⁶ señala que son tres los elementos del indicio:

- el hecho o hechos base, llamado *hecho indicador*,
- el *hecho aparente*, y

¹⁰³ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas...*, cit., Tomo I, p. 255.

¹⁰⁴ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, p. 865.

¹⁰⁵ ARISTÓTELES, *El Organón*, Bogotá, Gráficas Modernas, 2006, p. 250. “se llama probable a lo que parece tal, ya a todos los hombres, ya a la mayoría, ya a los sabios; y entre los sabios, ya a todos, ya a la mayor parte, ya a los más ilustres y más dignos de crédito”.

¹⁰⁶ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, pp. 901 y ss.

– el *enlace* entre uno y otro.

Esta división tripartita es acorde con las reglas del silogismo, entendido como la enunciación en la que sentadas las proposiciones se concluye necesariamente una proposición diferente de las anteriores¹⁰⁷.

Por el contrario, REYES ALVARADO¹⁰⁸ explica que los elementos son realmente cuatro:

- el hecho indicador,
- la regla de experiencia,
- la inferencia lógica, y
- el hecho indicado.

Es decir, que incluye además de los elementos del silogismo de Aristóteles, el acto mismo del raciocinio.

Puesto que consideramos que la división de REYES ALVARADO presenta de manera más clara los elementos del indicio, de tal manera que pasaremos a estudiar cada uno de estos cuatro elementos.

4.3.2.2.1. Regla de experiencia

Para REYES ALVARADO, la regla de experiencia, también llamada ‘regla de la vida’, constituye la premisa mayor: “la regla de experiencia es un juicio hipotético, que sobre la relación existente entre una pluralidad de fenómenos se ha formulado con fundamento en la observación que de casos particulares se ha hecho directamente o han realizado otras personas”¹⁰⁹.

Esta concepción es mantenida por el Tribunal Constitucional, que ha señalado a la regla de experiencia como los resultados de la comprensión razonable de la realidad, normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes¹¹⁰.

¹⁰⁷ ARISTÓTELES, *El Organón...*, *cit.*, p. 250.

¹⁰⁸ REYES ALVARADO, Yesid, *La Prueba...*, *cit.*, p. 47.

¹⁰⁹ REYES ALVARADO, Yesid, *La Prueba...*, *cit.*, p. 98.

¹¹⁰ STC 124/2001, de 4 de junio.

La regla de experiencia debe ser explicada de manera expresa dentro de la construcción del indicio para facilitar el derecho de impugnación a la defensa.

Para este fin, se ha de tener en cuenta que a esta regla se llega a través de la inducción, definida por ARISTÓTELES como “la transición entre particular a lo universal”¹¹¹. Por lo tanto, se debe partir de casos particulares comunes para llegar a lo general. Esto significa que nunca puede elaborarse una regla de experiencia a partir de un solo hecho particular, ni mucho menos de un hecho excepcional. Las máximas de la experiencia no son hechos concretos sino juicios generales y abstractos, aunque de contenido fáctico¹¹².

El Tribunal Supremo reconoce que de la validez en la regla de experiencia se deriva la certeza que puede dar el indicio¹¹³. La validez de la regla de experiencia tiene que ser revisada rigurosamente, puesto que existen reglas de experiencia que fueron válidas en determinada época y contexto y no lo son, en otra circunstancia¹¹⁴.

¹¹¹ ARISTÓTELES, *El Organón...*, cit., p. 261.

¹¹² JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1978, p. 25.

¹¹³ STS 524/2008, de 23 de julio, Ponente Sr. Juan Saavedra Ruiz: “Por ello el Tribunal ha acudido a la prueba indiciaria o circunstancial, igualmente válida para enervar la presunción de inocencia, de forma que debemos verificar la entidad de los indicios tenidos en cuenta, haber sido acreditados de forma indubitada mediante prueba directa y la fuerza lógica de los mismos para alcanzar la convicción sobre el hecho presunto (*artículo 386.1 LECiv*).

Pues bien, el Tribunal de instancia ha llegado a la conclusión de la certeza del hecho presunto, ayuda del recurrente en la preparación de papelinas que contenían heroína para su venta a terceros, teniendo en cuenta que el mismo arrojó al suelo un bote que luego se comprobó contenía 0,580 gm de cocaína base con una riqueza en principio activo del 81,1 por ciento, según acredita el testimonio prestado por uno de los agentes policiales intervinientes, cantidad que, por otra parte, excede de la dosis de consumo habitual, a lo que se ha de añadir la falta de racionalidad en la explicación de los hechos aportada por el acusado, ya que no se ajusta a las reglas de la lógica que estuviese en casa del coacusado, al que había conocido superficialmente hacía apenas dos semanas, para consumir una sustancia que había comprado en otra calle del mismo barrio. A la vista de estos datos, teniendo además en cuenta que en dicha vivienda el coacusado se dedicaba a la venta de droga, como se describe en los hechos probados, la conclusión de la Audiencia no puede ser tachada de ilógica o arbitraria, siendo ajustada a las reglas de experiencia”.

¹¹⁴ REYES ALVARADO, Yesid, *La Prueba...*, cit., p. 99.

Existen reglas de la experiencia que, hasta ahora, son absolutas, como por ejemplo la que enseña que nadie puede estar en dos lugares a la vez. Pero la mayoría de las reglas de experiencia son relativas, de ahí la necesidad de su uso racional¹¹⁵.

Las reglas de la experiencia *absolutas* llevan a los indicios necesarios, donde un hecho tiene una única consecuencia. Por el contrario, las *relativas* llevan a indicios contingentes que, a su vez, pueden ser probables o verosímiles: los *probables* son aquellos que, a pesar de su relatividad o contingencia, se presentan grandes opciones de que ocurra lo expresado por la regla de experiencia. Por lo tanto, al referirse a las reglas de experiencia que dan lugar a esta clase de indicios, la expresión correcta debe ser: “la mayoría de las veces”. A este tipo de indicios también se les conoce como indicios *graves*, toda vez que se fundan en razones serias y estables, a diferencia de los indicios *posibles*, que pueden ocurrir o no ocurrir¹¹⁶.

Según lo anterior, estos indicios *posibles*, provienen de una regla de experiencia verosímil que, a pesar de tener un enunciado cierto, presentan escasas posibilidades de ocurrencia. Por esta razón, al referirse a ellas el término de expresión correcto será “algunas veces”, y estas reglas de experiencia dan lugar a indicios leves, es decir, de escaso valor probatorio.

Por último, la regla de experiencia puede provenir tanto de la experiencia personal del funcionario —por vivencias personales o conocimiento adquirido por su profesión— como de leyes científicas, para lo cual el juez tendrá que apoyarse en ayudas de ésta naturaleza.

¹¹⁵ REYES ALVARADO, Yesid, *La Prueba...*, cit., pp. 113-115.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Auto del 26 de mayo de 1971, Ponente Sr. M. Luis Carlos Pérez: “el indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que puedan sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos”.

4.3.2.2.2. Hecho indicador o hecho base

El *hecho indicador* algunas veces se denomina indicio por parte de la ley¹¹⁷ y de la doctrina, con lo que se produce una confusión. Es de esta forma como se habla de los “indicios posteriores”, “indicios anteriores” o de “indicios concomitantes”. En estos casos, realmente se está haciendo referencia a hechos base o hechos indicadores, que pueden ser anteriores, posteriores o concomitantes a la conducta.

El hecho indicador puede ser una pieza de convicción o cualquiera de los medios de prueba indicados en la ley procesal: inspección ocular, peritaciones, documentos, testimonios y confesiones, etcétera. Sea cual fuese ese medio de prueba, lo importante es que haya sido admitido como tal y que se haya practicado, y aportado, legalmente.

Para efectos de la construcción del indicio no basta que la pieza de convicción, evidencia o medio de prueba, se encuentre presente en el proceso, sino que debe señalarse expresamente como tal. De tal manera que el medio de prueba aparece en el juicio de dos formas: por una parte, como el medio de prueba que es y de otra, como el hecho indicador independiente del medio probatorio.

Si el hecho indicador no resulta probado, bien sea por no haberse acreditado de manera suficiente, por haberse puesto en duda por la parte contraria o porque resultó ser una prueba nula, no puede aplicarse al indicio, porque no existe esa base¹¹⁸.

Así lo consideró el Tribunal Constitucional en la STC 85/1994, de 14 de marzo, que consagró la teoría de los frutos del árbol envenado en España, donde se indicó que siendo las intervenciones telefónicas ilícitas por falta de motivación en la autorización judicial, sus resultados no podían tomarse como hechos indicadores

¹¹⁷ El art. 385.1 LEC se refiera la “hecho indicio” como el hecho indicador; el derogado art. 579 LECR, que reglamentaba la intervención de comunicaciones, señalaba como requisito el que existieran indicios de responsabilidad criminal en contra de quien se iba a intervenir, pero no se refiere a la prueba indiciaria; así lo indicó la STS 609/1997, de 6 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García: “Indicios en tal fase inicial del procedimiento no quiere decir prueba indiciaria, ni siquiera indicios racionales de criminalidad basados en diligencias ya practicadas porque estas ordinariamente aún no existen, sino solo las mencionadas sospechas fundadas...”.

¹¹⁸ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, p. 924.

para la construcción de un indicio de responsabilidad en contra de los investigados.

Ahora bien, el hecho indicador puede probarse a través tanto de un solo medio de prueba como a través de varios medios de prueba practicados dentro del juicio. Esto es lo que se conoce como *unidad del hecho indicador*¹¹⁹. En ejemplo de este caso, en la STS de 26 de septiembre de 2003 el Tribunal Supremo señaló la existencia de varios elementos de corroboración independientes de las declaraciones de los coimputados, e independientes entre sí, pero que convergen en ser la base para construir un mismo hecho indicador de culpabilidad del recurrente¹²⁰.

Puede suceder la situación contraria: es decir, es perfectamente posible derivar varios hechos indicadores de un solo medio de prueba sin que esto vulnere la unidad del hecho base. Así lo ha indicado el Tribunal Supremo en la STS de 5 de marzo de 1998, cuando admite que existen supuestos en los que de un solo hecho base se derivan varios indicios, que en el caso de hecho de la sentencia consistieron en haberse hallado al acusado cerca del lugar, con los objetos patrimoniales apoderados y en momentos próximos a la comisión del injusto y que de todo ello se infiere la existencia de la conducta y las circunstancias de tiempo y lugar de la misma¹²¹.

¹¹⁹ REYES ALVARADO, Yesid, *La Prueba...*, cit., p. 80.

¹²⁰ STS 1196/2003, de 26 de septiembre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Touron: “recurre a una técnica frete a la que esta Sala ya se ha pronunciado reiteradamente (por ejemplo en las sentencias de 24 de octubre de 2000 y 25 de enero de 2001), que es la de analizar cada uno de los indicios aisladamente, olvidando que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mudamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 10 de marzo de 2000, entre otras muchas).

El análisis desagregado o aislado de cada indicio, como islotes robinsonianos fuera del contexto integrado por la dinámica de los hechos y el resto de los elementos indiciarios interrelacionados, resulta manifiestamente contrario a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos sobre la teoría de las probabilidades”.

¹²¹ STS 312/1998, de 5 de marzo, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid: “Sin embargo, esta regla general debe ser matizada. Existen supuestos en los que uno solo hecho-base se puede diversificar en una pluralidad de indicios, pues como esclarecería ya un clásico alemán en materia de prueba penal, tal multiplicidad o pluralidad no necesariamente deriva de hechos distintos, sino de que todos recaigan sobre un mismo objeto, existiendo también el concurso cuando se

4.3.2.2.3. Inferencia lógica

De acuerdo al Diccionario Epistemológico General de la Lengua Castellana¹²², la palabra “lógica” proviene del griego *logikeé*, de logos, palabra-razón. Por lo tanto lógica es la ciencia que expone las leyes del raciocinio.

El Tribunal Superior ha reconocido el carácter lógico del indicio. Un ejemplo de ello es la sentencia STS 488/2003 de 7 de abril, Sr. Clemente Auger Liñán, donde se dijo que en lo referente a indicios se trataba de reglas de pensar y no de normas jurídicas¹²³. Al referirse a reglas de pensar, el Tribunal Supremo se remonta a la lógica.

Ahora bien: la lógica estudia los pensamientos en sí mismos, los métodos de pensamiento y la coherencia del pensamiento. Comprende dos tipos de pensamientos posibles: el inductivo y el deductivo. El método deductivo es el utilizado en el silogismo¹²⁴.

El silogismo, a su vez, es una figura de la lógica que permite inferir de dos premisas una conclusión que era desconocida antes de proceder a la elaboración de silogismo. En palabras de ARISTÓTELES “silogismo es una enunciación en la que, una vez sentadas ciertas proposiciones, se concluye necesariamente otra proposición diferente, sólo por el hecho de haber sido ellas sentadas. Cuando digo sólo por el hecho de haber sido sentadas las primeras proposiciones, quiero decir

complementan y esclarecen unos por otros. Un solo ejemplo aclarará tal matización. En numerosa la doctrina legal tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal Supremo en orden a que el solo indicio de la ocupación en poder del acusado de los objetos procedentes de un apoderamiento patrimonial no es por sí solo prueba indirecta suficiente para estimar la existencia de aquél, pues son compatibles varias versiones (entre ellas la de una recepción) y por ello no deben escogerse la menos favorable para el acusado. Sin embargo, cuando esta ocupación ocurre inmediatamente después de cometido el tipo de injusto de apoderamiento y a escasa distancia del lugar de éste, este único hecho-base de la ocupación o aprehensión se descompone en varios, como son las circunstancias de tiempo y lugar que conducen a que el hecho base se descomponga en varios”.

¹²² CORPIO PÉREZ, Fernando, *Diccionario epistemológico general de la lengua castellana*, Barcelona, 3.ª ed., Editorial Bruzguera S.A., 1984, p. 277.

¹²³ STS 488/2003, de 7 de abril, Ponente Sr. Joaquín Delgado García: “para aportar al supuesto concreto un razonamiento que se pueda valorar como adecuado para conducir unívocamente desde los hechos básicos (indicios) al hecho necesitado de prueba”.

¹²⁴ ARISTÓTELES, *El Organón...*, cit., p. 261.

que a causa de ellas resulta probada la otra proposición; y entiendo por esta última expresión, que no hay necesidad de un término extraño para obtener la conclusión necesaria”¹²⁵.

Se ha considerado que el indicio se elabora de la misma forma que el silogismo, donde el método de pensamiento utilizado es el deductivo.

De acuerdo a REYES ALVARADO¹²⁶, la regla de la experiencia obra como una premisa mayor y el hecho indicador como una premisa menor y con base en las dos premisas, se realiza una inferencia deductiva, que es una forma de razonamiento que parte de lo general de la premisa mayor, a lo particular de la premisa menor. La conclusión de esta deducción es lo que se conoce como el hecho indicado.

La inferencia deductiva en la elaboración del indicio ha sido señalada por el Tribunal Constitucional en la STC 24/1997, donde el Tribunal exige de un proceso mental razonado y acorde a las reglas del criterio humano para desvirtuar la presunción de inocencia¹²⁷.

La conclusión que resulte de la deducción entre la premisa mayor y la menor debe ser acorde con las mismas, y por ello es muy importante verificar la correcta elaboración de la deducción.

Sobre el tema, ARISTÓTELES¹²⁸ plantea las siguientes reglas sobre el silogismo, que se pueden resumir de la siguiente forma:

- todo silogismo tiene que tener tres términos, ni más ni menos;
- cualquier término que está en la conclusión tiene que estar distribuido en las premisas, por lo cual este término es llamado *término medio*;
- el término medio tiene que estar distribuido al menos una vez;

¹²⁵ ARISTÓTELES, *El Organón...*, cit., p. 74.

¹²⁶ REYES ALVARADO, Yesid, *La prueba...*, cit., pp. 140-141.

¹²⁷ STC 24/1997, de 11 de febrero: “Este Tribunal tiene establecido que los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:

- a) La prueba indiciaria debe partir de hechos plenamente probados.
- b) Los hechos constitutivos de delito debe deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia Condenatoria”.

¹²⁸ ARISTÓTELES, *El Organón...*, cit., pp. 73 y ss.

- de dos premisas negativas nada se obtiene;
- la conclusión siempre sigue la parte más débil, es decir, la parte particular o la negativa; y
- de dos premisas particulares no se obtiene ninguna conclusión.

Adicionalmente, tratándose de la deducción judicial, ésta debe elaborarse expresamente. Siendo así, no es suficiente indicar cuáles son los hechos probados, sino que se debe explicar el por qué se ha realizado la correspondiente deducción, de tal manera que este raciocinio debe ser abierto y conocido para las partes, para que la afectada pueda atacar con un conraindico o alegando falta de racionabilidad de la deducción¹²⁹.

Finalmente, debe aclararse que mientras se requiere el método deductivo en la elaboración del indicio para llegar al hecho indicado, cuando se trata de elaborar la regla de experiencia, es decir, la premisa mayor, ha de realizarse una inducción, por lo que de igual forma, debe cuidarse rigurosamente esta elaboración de la inducción.

4.3.2.2.4. Hecho indicado

Como ya se ha señalado, el hecho indicado corresponde a la conclusión del silogismo.

Se trata, entonces, del hecho desconocido, el cual ha llegado a conocerse como producto de una deducción, partiendo del hecho conocido o hecho indicador, que debe ser lícito y estar probado, el cual es confrontado bajo las reglas del método deductivo con la regla de experiencia general¹³⁰.

Al igual que los demás elementos que constituyen el indicio, el hecho indicado debe ser expresado de manera concreta en la sentencia, o en los alegatos de las partes, pero nunca puede darse por sobreentendido.

Esta obligación se deriva tanto del art. 120.3 CE, que expresamente señala la obligación del juez de motivar las sentencias, que a su vez debe proferir en audiencia pública, y del art. 24.2 CE, que consagra el derecho de defensa, pues no es posible ejercer la defensa cuando no se tienen claro cuál es el indicio que ha incriminado al acusado.

¹²⁹ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, pp. 952-953.

¹³⁰ REYES ALVARADO, Yesid, *La prueba...*, cit., p. 144.

Como se trata de una prueba en materia penal, el indicio debe tener relevancia para la causa, debe estar referido tanto a un elemento fáctico del tipo como a la autoría material del mismo¹³¹.

CLIMENT DURÁN¹³² recomienda que antes de proceder a declarar el hecho plenamente probado mediante indicio es preciso atravesar dos *filtros depuradores*. Estos son:

- la posibilidad de realizar una prueba desvirtuadora del hecho presunto, o prueba en contrario; y
- la realización de un nuevo análisis sobre la conclusión, dirigido a descartar otra posible conclusión hipotética que pudiera derivarse del proceso de elaboración del indicio.

Con relación al primer filtro, si con la prueba en contrario no se consigue destruir el indicio ya formado, el hecho presunto adquiere solidez probatoria. Y respecto del segundo filtro, habrá que comparar la cantidad de los nuevos indicios con la misma intensidad probatoria que llegaren a resultar, para así establecer si el indicio que se tenía inicialmente es fuerte o no lo es.

Estas consideraciones son particularmente útiles, ya que conforme lo ha señalado el Tribunal Supremo¹³³, el indicio débil no tiene la posibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, en concordancia con lo manifestado por el Tribunal Constitucional sobre la ausencia de una deducción alterna sólida para que la decisión del juez fuera la decisión correcta¹³⁴.

4.3.2.2.3. Reglas en la apreciación del indicio

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han sido las encargadas de darle al indicio la importancia que se merece. Es así como el Tribunal Constitucional expresó en la STC 174/1985 que la presunción de

¹³¹ REYES ALVARADO, Yesid, *La prueba...*, cit., p. 147.

¹³² CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, pp. 945 y ss.

¹³³ STS 1393/2003, de 22 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.

¹³⁴ STC 135/2003, de 30 de junio.

inocencia puede desvirtuarse por prueba indiciaria, la cual se le termina aceptando como una herramienta en contra de la impunidad¹³⁵.

Los lineamientos de esta sentencia continuaron sosteniéndose, como se destacó por el Tribunal Supremo¹³⁶, a partir del destaque de la importancia de esta prueba desde de la vigencia de la Constitución Española de 1978, donde el artículo 120.3 impuso la obligación de motivar las sentencias, con lo que ya no era posible fijar unos hechos como probados sin haberse manifestado sobre los medios de acreditación que habían sido utilizados.

El Tribunal Constitucional también ha resaltado la importancia de expresar el raciocinio del indicio en la STC 283/1994¹³⁷, en la que además se reconoció la importancia de la prueba indirecta por cuanto no siempre era posible lograr la prueba directa. Y en la STC 124/2001¹³⁸, el Tribunal Constitucional concretó los requisitos de validez del indicio, que de acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos eran suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia¹³⁹:

- que los indicios base estén plenamente probados;
- que las deducciones que se hagan a partir de los hechos bases, llamados hechos consecuencia, tengan relación los hechos constitutivos del delito;
- que el juez exteriorice todo el proceso de la construcción del indicio; y
- que este racionamiento se base en una regla de experiencia común.

¹³⁵ STC 174/1985, de 17 de diciembre: “Pero si es preciso precisar dos puntos relevantes para la solución del presente recurso de amparo: uno es que el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria. El segundo punto es que, sin embargo, el reconocimiento de la eficacia de la prueba indiciaria plantea problemas peculiares a la jurisdicción de este Tribunal, en el momento de apreciar si se ha vulnerado o no aquella presunción”.

¹³⁶ STS 100/1998, de 29 de enero, Sr Roberto García-Calvo Montiel.

¹³⁷ STC 283/1994, de 24 de octubre.

¹³⁸ STC 124/2001 de 4 de junio.

¹³⁹ Esta decisión aparecen en los siguientes casos: Salabiaku contra Francia, de 7 de octubre de 1988; Pham Hoang contra Francia, de 25 de septiembre de 1992; y Telfner contra Austria, de 20 de marzo de 2001.

Así las cosas, la presunción de inocencia se desvirtúa cuando existen varios indicios plurales e independientes, concatenados y concordantes, cuya elaboración sea verificada y dada a conocer a las partes¹⁴⁰.

4.3.2.2.4. Relación entre las intervenciones telefónicas y los indicios

Existen dos tipos de relación entre las escuchas telefónicas y la prueba de indicios, conforme se deduce del supuesto de hecho de la STS 1393/2003¹⁴¹.

Según relata la Sentencia, la Policía Judicial, teniendo como base los resultados de intervenciones telefónicas, encontró cocaína al interior de una morada donde residía una pareja y los detuvo a ambos. Sin embargo, el teléfono que estaba intervenido era el del hombre y el de otras personas de la organización criminal, quienes también fueron capturadas, investigadas y condenadas. Estos acudieron al Tribunal Supremo en casación porque consideraron que se había intervenido sus teléfonos sin contar con los indicios exigidos en el ordenamiento procesal penal.

Estos argumentos, relacionados con los indicios que debían tener el Juez de Instrucción para haber ordenado las escuchas fueron desestimados por el Tribunal, porque se consideró que, al momento de dar la respectiva autorización, sí se hallaban presentes estos indicios de procedibilidad. En cambio, con relación a los indicios para condenar a los procesados, y concretamente a la moradora del inmueble donde se encontró la droga, el Tribunal consideró que los indicios probatorios en su contra no habían logrado desestimar su presunción de inocencia, por cuanto los mismos apenas consistían en el hecho de habitar en ese lugar y de haber accedido a una petición que le había hecho su marido por teléfono de entregar un paquete a una persona sin saber —según se escuchó en los audio de las intervenciones— de qué paquete se trataba ni en dónde se hallaba y, por esta razón, el Tribunal consideró que no podía deducirse que la mujer fuera responsable de la tenencia de la cocaína y que el hecho probado de morar en el lugar donde se había hallado tampoco constituía un indicio suficiente, del cual se pudiera deducir su responsabilidad y, por consiguiente, habersele dictado una condena en su contra.

¹⁴⁰ STS 492/2006, de 9 de marzo, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano.

¹⁴¹ STS 1393/2003, de 22 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.

En síntesis, las escuchas telefónicas y los indicios se relacionan de dos modos diferentes: porque los indicios son la base para ordenar la medida y el resultado de las intervenciones son la base para construir indicios.

El resultado de las intervenciones telefónicas constituye el punto de partida — o hecho indicador— para avanzar en la investigación y para probar la responsabilidad o las circunstancias del delito. Esta práctica es muy útil cuando se trata de las investigaciones contra organizaciones criminales, donde tal y como puede observarse de las sentencias citadas en este trabajo es preciso recurrir a la prueba indirecta, habida cuenta de la capacidad de los grupos criminales organizados de proteger su ilícita asociación o sus actividades al margen de la ley, para así lograr su permanencia en el tiempo y en el espacio.

Uno de esos sistemas de protección consiste en el empleo de lenguaje cifrado o en clave para evadir los controles de las autoridades. La Corte Constitucional colombiana considera que un *mensaje cifrado* es el que implica la utilización de palabras o frases distintas a las usadas corrientemente por las personas en sus comunicaciones, o de aquellas que, si bien hacen parte del léxico común, se asignan, a manera de clave, a sujetos u objetos que normalmente son designados por otros nombres¹⁴². En esencia, un tipo de lenguaje con frecuencia exige el uso de símbolos, signos, señales, claves, vocablos nuevos, extranjerismos o palabras propias de una determinada ciencia o arte, aplicadas a los más diversos objetos, que no tienen el significado que comúnmente tienen en la sociedad sino otro, pactado previamente con el fin de perpetrar con mayor facilidad las operaciones propias del delito.

En conclusión, tenemos que las comunicaciones legalmente intervenidas se plasman en un documento auditivo o escrito, según se trate de grabación o transcripción. El contenido de este documento, debe ser verificado. Y el contenido de la conversación y su correspondiente comprobación pueden constituirse en un hecho probado, que antepuesto a una regla de experiencia general y verificada, puede llegar a probar otro hecho desconocido, al cual no se hubiera podido llegar de otra forma. Hecho desconocido que se relacionará con los aspectos

¹⁴² Sentencia C-586/1995, de 7 de diciembre, de la Corte Constitucional colombiana. En la misma se decidió que la prohibición de usar lenguaje cifrado en las comunicaciones a través de frecuencias de radio, por parte de los radio aficionados, era ajustada a la Constitución.

fundamentales de la causa, como son la existencia de la conducta punible, sus circunstancias o la responsabilidad de los autores o partícipes.

Por último, es de tenerse en cuenta que de la misma conversación pueden derivarse multitud de hechos probados, cada uno de los cuales será base de un indicio; e incluso que aun cuando se trate de una conversación de contenido inculpatario, en ningún caso tendrá el carácter de declaración procesal, sino que seguirá siendo un hecho indicador, de haberse manifestado tal circunstancia¹⁴³.

4.3.2.3. Errónea confusión entre la confesión y el testimonio con el contenido de las escuchas telefónicas, donde el investigado ha admitido la comisión de un delito o un tercero da fe de algo

La fuente obtenida mediante una intervención telefónica nunca podrá tomarse como confesión, aun cuando el intervenido se inculpe en una de sus conversaciones¹⁴⁴. La intervención telefónica no es una técnica de investigación que vulnere el derecho a no declarar en contra de sí mismo, consagrado en el art. 24.2 CE.

Y tampoco esta técnica de investigación utilizarse para provocar la confesión del investigado telefónicamente. Por ello, en la STS 2144/1995¹⁴⁵ el Tribunal Supremo rechazó la validez de unas escuchas telefónicas en las cuales el interlocutor, desconociendo que está siendo escuchado por una autoridad, se ha autoinculpado ante la manipulación de su interlocutor, quien si conocía que se estaba grabando la charla con dicha finalidad. En esta oportunidad se consideró que no se había tratado de una manifestación inculpatoria espontánea sino inducida y que, por tanto, había violación al derecho de no declarar contra sí mismo. Sin embargo, el Tribunal no consideró que hubiera violación al derecho del secreto de las comunicaciones, ya que el contenido de la conversación había sido revelado por su interlocutor.

Cuando la conversación es auténtica se puede admitir su contenido, pero ni aun de esta forma se trata de una confesión. Tal es el caso de la STS 1017/2001¹⁴⁶, de 9 de junio, que declaró válida una conversación entre dos autores de hurto,

¹⁴³ RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención...*, cit., p. 115.

¹⁴⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., pp. 117-118.

¹⁴⁵ STS 2144/1995, de 1 de marzo de 1996, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

¹⁴⁶ STS 1017/2001, de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

donde uno de éstos estando detenido y en presencia de la policía, se comunicó con otro autor y por el contenido de la conversación, los investigadores pudieron determinar la responsabilidad del segundo.

En este caso se trataba de un supuesto de hecho diferente que ameritaba una posición diferente, ya que no se habían intervenido las comunicaciones porque los Policías sólo habían escuchado directamente lo que hablaba el interlocutor investigado, sin oír al otro, y además se trataba de una verdadera comunicación entre dos autores de un delito.

La razón por la cual este tipo de autoincriminaciones no pueden alegarse como una confesión recae en que los art. 385, 386 y 387 LECR señalan a la confesión como una declaración sin juramento que hace el investigado de manera consciente y voluntaria ante el Juez, situación que es totalmente diferente a la de quien habla por teléfono con una persona distinta al personal jurisdicente, sin la asistencia de un letrado y sin saber que está siendo intervenida su comunicación.

Ante esta gran diferencia, no pueden exigirse los requisitos de la confesión para efectos de verificar la validez y la legalidad de las escuchas telefónicas, pero tampoco puede dársele el valor de plena prueba a las autoincriminaciones que se realizan dentro de las conversaciones intervenidas, por las mismas razones que se indicaron al analizar la naturaleza *suis generis* del documento, donde consta el resultado de las escuchas telefónicas.

Igual predicamento debe hacerse con respecto al testimonio, cuyo procedimiento está consagrado en los arts. 410 a 455 LECR, por lo que es obvio que la intervención telefónica no constituye una diligencia de declaración ante las autoridades.

Si bien es cierto que, en el sentido amplio de este vocablo “testimonio” evoca el manifestar algo, sin duda alguna el testigo propiamente dicho se define como aquella persona que ha percibido por medio de sus sentidos o que se ha enterado de ciertos hechos que serán objeto del proceso, para lo que es citado por la autoridad competente, cosa que no sucede cuando una persona habla por teléfono con otra y le relata algún asunto que le consta —o que se está inventando—, sin saber que está siendo grabado¹⁴⁷.

¹⁴⁷ DAGDUG KALIFE, Alfredo, *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, México, Editorial Porrúa, 2006, p. 85.

Así lo reconoció el Tribunal Supremo¹⁴⁸, cuando indicó que las personas cuyas conversaciones se graban en razón de la medida escuchas telefónicas no están realizando una declaración bajo juramento, por lo que las cintas donde constan estas comunicaciones telefónicas, que perpetuaban determinados sucesos, se rigen por las reglas propias de la prueba documental.

Por todo lo indicado, el derecho a no declarar contra ciertas personas o a guardar el secreto profesional¹⁴⁹, contenidos en el art. 24.2 CE y desarrollados en los arts. 416.1 y 418 LECR, no se ven vulnerados por las escuchas telefónicas, ya que la conversación telefónica no es una exposición bajo juramento ante autoridad judicial, y faltarse a la verdad no lleva a quienes conversan por teléfono a que se les procese por perjurio.

Dado que lo manifestado en las conversaciones telefónicas no constituye testimonio, tampoco puede incurrirse respecto de estas en la tendencia natural de aceptar siempre el testimonio ajeno como verdadero, que según PÉREZ¹⁵⁰ fue detectada por primera vez por Thomas Reid y explicada desde perspectivas psicológicas y evolutivas. De ahí la importancia que otros actos de investigación, diferentes e independientes a las escuchas telefónicas, corroboren la información que se obtenga a través de las líneas interceptadas.

El hecho de que no se trate de un testimonio no es óbice para ignorar la problemática situación que se puede presentar cuando por la línea intervenida se realicen conversaciones donde el comunicante que hace manifestaciones en contra del investigado, sea una persona que por motivo de parentesco o de secreto profesional no está obligado a declarar.

Aquí es importante determinar cuál es el elemento de la comunicación que ha sido base de la autorización habilitante de la medida. Cuando se trata de sistemas

¹⁴⁸ STS de 11 de octubre de 1993, Ponente Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

¹⁴⁹ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas...*, cit., p. 53.

¹⁵⁰ PÉREZ, Andrés, "La prueba testimonial y la epistemología del testimonio", *Isonomía*, n.º 40, 2014, p. 99, citando a REID: "El sabio y bienhechor autor de la naturaleza, que quiso que fuéramos criaturas sociales, y que recibiéramos la mayor y más importante parte de nuestro conocimiento de la información proveída por los demás, ha implantado, con estos fines, dos principios que se complementan el uno al otro. El primero de estos principios es una propensión a decir la verdad y a usar los signos del lenguaje para transmitir nuestros verdaderos sentimientos. [El segundo de estos principios es] la disposición a confiar en la veracidad de los demás, y a creer lo que nos dicen (1764, p. 194)".

como el español, donde la autorización de intervención de las comunicaciones se centra en el comunicante investigado sin que, en principio, puedan utilizarse las conversaciones de otros usuarios de la línea, es fácil resolver el asunto de estas conversaciones cuando quien está inculcando al investigado no está incluido en tal orden del juez, ya que por esta razón estas pláticas no pueden ser utilizadas en el juicio.

El asunto se complica cuando la orden de intervención también cubre al comunicante que está inculcando a otro investigado, pero que de acuerdo con la ley podría abstenerse de declarar en contra de esta persona: en primer lugar, no se trata de un testimonio, por lo que de acuerdo con este aspecto puramente formal, esta conversación podría utilizarse. Sin embargo, no puede desconocerse el hecho de que, en la práctica, se estaría utilizando así fuera como hecho indicador, lo que dice una persona en contra de otra, respecto de quien no está obligada a hablar, circunstancia que se ha querido evitar cuando se exime a unas personas de declarar en contra de otras.

El art. 118.4 LECR, introducido por la LO 13/2015, prohíbe expresamente la intervención de las comunicaciones protegidas por secreto profesional, exceptuando las que provienen de personas que también estén investigadas con autorización judicial en la causa o en hechos conexos; por el contrario, pero no indica nada sobre la conversación del familiar sobre un delito, pues ésta sólo se excluye si es íntima e irrelevante, de acuerdo con el art. 588 ter i LECR.

En Colombia, la interceptación telefónica se autoriza sobre la línea –medio de comunicación- y no respecto del investigado –emisor o receptor de la comunicación-; de ahí que todas las comunicaciones que efectúen los usuarios a través de la línea intervenida ingresan a la investigación y utilizar válidamente, excluyéndose únicamente, y de manera específica, las comunicaciones con el defensor, por lo que pueden utilizarse las conversaciones de los familiares del investigado, así se trate de los parientes exonerados en el art. 33 de la Constitución de declarar en su contra¹⁵¹.

¹⁵¹ Podemos resaltar el fallo del 30 de agosto de 2005, proferido por el Juzgado 8 Especializado en Crimen Organizado de Bogotá, donde se excluyen las conversaciones de una menor de edad sobre las labores de su madre, quien reclutaba pasantes de droga y estas ingerían la droga en la casa de habitación donde habitaba con la menor, cuestión que impresionaba a la niña y comentaba

4.3.2.4. Las intervenciones telefónicas y la prueba pericial de voz

La prueba pericial de voz es sin lugar a dudas muy importante, teniéndose en cuenta que la intervención de una comunicación se lleva a cabo sin el conocimiento de quienes en ella participan, por lo que se debe ser muy cuidadoso al momento de establecer quién es realmente la persona que utiliza el teléfono y participa en la conversación intervenida.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la desconfianza que suscitan las grabaciones de una interceptación telefónica. Por ejemplo, en la STC 128/1988 se indicó que, con relación a las cintas magnetofónicas, el dictamen pericial tenía dos funciones: la primera, determinar si las voces escuchadas correspondían a quienes se les atribuían, y la segunda descartar una posible manipulación¹⁵².

La relación que existe entre las grabaciones que contienen las comunicaciones telefónicas y el dictamen sobre la voz de quien allí aparece es muy estrecha, razón por la cual estudiamos de manera independiente la indispensabilidad de esta prueba y la seriedad de la misma.

4.3.2.4.1. Definición de la pericia

Según el art. 456 LECR, cuando el juez necesite conocimientos científicos o artísticos, que le son ajenos, para apreciar o conocer un hecho o circunstancia importante en el sumario solicitará una pericia. En este sentido, la STS 1/1997

telefónicamente a sus amigas. Al respecto, el Juez hizo un paralelo entre los derechos que asistían a la menor de no declarar contra su madre y de las restricciones de los menores cuando dan su testimonio en el juicio y el hecho, de utilizar lo que la niña había dicho por teléfono, que obviamente, conllevaba la responsabilidad penal de madre. Con base en esta comparación, el Juez consideró que carecía de sentido rechazar el testimonio o la pericia en contra de ciertos parientes, entre ellos los progenitores, y al mismo tiempo, admitir y tomar en cuenta actuaciones similares, como las manifestaciones en contra de la madre, realizadas a través de una línea interceptada; en consecuencia, ordenó retirar del plenario estas conversaciones y que no fueron tenidas en cuenta para proferir el fallo judicial.

¹⁵² STC 128/1988, de 27 de junio: “En el escrito de calificaciones provisionales de la defensa se propuso, entre otras, la prueba pericial por comparecencia del técnico de control y grabación de radio don Jorge Ruano, quien, en efecto, compareció en el juicio oral, donde, preguntado, declaró, entre otros extremos, que no había oído las cintas y que aun si las oyera «pudiera ser difícil el saber si han sido manipuladas o no»...”.

definió la prueba pericial como un auxilio judicial que suplía la ausencia de conocimientos científicos o culturales del juez¹⁵³.

El tema de la ausencia de conocimiento científico y cultural del juez lo trató ELLERO al señalar que la diferencia entre la mera inspección y el dictamen pericial dependía del saber de juez. Así las cosas, definió la pericia como “una comprobación y un juicio de hecho, obra de persona experta acerca de una cosa dada que excede del propio conocimiento del juez”¹⁵⁴.

MITTERMAIER¹⁵⁵ entiende que la pericia se hace necesaria en los siguientes casos: en primer lugar, cuando se trata de investigar hechos que requieren de conocimientos técnicos o científicos; en segundo, cuando ha de decidirse sobre la naturaleza o sobre las cualidades de ciertos hechos; en tercero, cuando la base de la sentencia debe partir de la admisibilidad de un hecho probable alegada por testigos o defensa; y, en cuarto lugar, cuando de los hechos deben concluirse consecuencias que solo puede suministrar un profesor.

Dado que el reconocimiento que hace el perito sobre el objeto se debe a un encargo judicial, no puede considerársele testigo de los hechos. No obstante, existe la figura del testigo técnico, persona quien percibe los hechos de manera directa en el momento en que éstos ocurren y que, por sus conocimientos personales sobre los mismos, puede incluir dentro de su relato al dar testimonio, su concepto profesional o técnico¹⁵⁶.

Los elementos de la pericia, de acuerdo a la LECR, son: el acto pericial, el informe pericial y el peritaje rendido en la audiencia pública.

CLIMENT DURÁN¹⁵⁷ explica que el informe pericial se recoge normalmente por escrito y puede ser realizado fuera del juicio, mientras que la opinión experta o

¹⁵³ STS 1/1997 de 28 de octubre, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz: “Una prueba de auxilio judicial para suplir la ausencia de conocimientos científicos o culturales de los Jueces, porque en definitiva, y como medio probatorio, ayuda a constatar la realidad no captable directamente por los sentidos, en manifiesto del contraste con la prueba testifical o la inspección ocular (o reconocimiento judicial)”.

¹⁵⁴ ELLERO, Pietro: *De la certidumbre...*, cit., p. 219.

¹⁵⁵ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba criminal...*, cit., p. 141.

¹⁵⁶ PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, 7.ª ed., Librería El Profesional, 1997, p. 133.

¹⁵⁷ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, p. 763.

especializada de los peritos, que es la prueba pericial, se practica en el juicio oral, donde se satisfacen los principios de contradicción, inmediatez y oralidad. Así las cosas, el informe no es prueba en sí mismo pero contiene el principio de prueba, del que se evalúa su valorabilidad, es decir, su aptitud para ser valorado conforme a la forma en que se elaboró. Una vez rendida la prueba pericial, ésta será la que se valore¹⁵⁸.

De acuerdo al art. 459 LECR, se requiere de dos peritos para realizar la prueba, excepto en casos extremos en los cuales es imposible que se presenten los dos. Sin embargo, si pertenecen a un organismo oficial, la jurisprudencia ha manifestado que solo basta con que rinda el dictamen en la audiencia pública¹⁵⁹. Cuando los peritos no están de acuerdo, el juez nombrará un tercero, conforme al art. 484 LECR.

En el procedimiento abreviado está permitido utilizar un solo perito. Para el caso de identificación de las sustancias estupefacientes, el art. 788.2 LECR establece que dicho examen tendrá el carácter de prueba documental si proviene de laboratorios oficiales y consta que se han seguido los protocolos científicos adecuados.

En razón a que como se mencionó anteriormente, el conocimiento del perito versa sobre la materia de su experticia y no sobre los hechos en sí; por ello, se considera que mientras que el testigo es insustituible el perito es fungible. Esto significa que en España puede comparecer a la audiencia otro perito diferente al que ha rendido el informe. No obstante lo anterior, deberá leerse el informe

¹⁵⁸ STS 1173/1989, de 14 de abril. Sr. Gregorio García Ancos: “Una cosa es la prueba objetivamente considerada y otra muy distinta el juicio de valor o apreciación que de ella haga el Tribunal de Instancia”.

¹⁵⁹ STS 1120/2009, de 9 de noviembre, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín: “Con tales alegatos parecen ignorar los recurrentes la reiteradísima doctrina de esta Sala (SSTS de 11 de Febrero de 2002, 17 de Octubre de 2003 o 17 de Noviembre de 2004), avalada incluso por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de fecha 21 de Mayo de 1999, que viene insistiendo en que, tratándose de una pericia emitida por un organismo oficial, con trabajo en equipo para la elaboración del informe, queda con ello cumplida la exigencia legal, bastando para su ratificación y defensa en Juicio con la presencia de uno tan sólo de los que intervinieron en aquella elaboración colectiva del informe, dando cuenta del procedimiento seguido para ello y respondiendo a los interrogantes que contradictoriamente le formulen las partes, como en este caso aconteció”.

pericial original¹⁶⁰. Adicionalmente, el Tribunal Supremo ha reiterado que cuando se ha plasmado claramente la forma en que se realiza el estudio y las conclusiones en el informe, su sola lectura es suficiente¹⁶¹.

Por último, el peritaje no es vinculante para el juez y éste puede apartarse del dictamen, pero los motivos objetivos, que sirven de base al juez para una decisión de esta naturaleza deberán ser indicados en el fallo¹⁶².

4.3.2.4.2. Peritaje de voz

El dictamen fonoespectrográfico es el que sirve para realizar el análisis acústico e identificar la voz de una persona. Se fundamenta en que la voz es única, ya que depende de la formación de los órganos que la emiten, que son únicos en cada ser humano¹⁶³.

¹⁶⁰ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba...*, cit., Tomo I, p. 755.

¹⁶¹ STS 896/2012, de 21 de noviembre, Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: “En relación con la prueba pericial atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio [RTC 2005\143], F. 6), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que lo documenta (STC. 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio, con el fin de explicar, aclarar y ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este medio de prueba (SSTC 10/2004, de 9.2; 360/2006, de 18.12; y 21/2009, de 26.1)”.

¹⁶² STS de mayo de 1995, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz: “De otro lado, la prueba pericial no es nunca vinculante, salvo en el supuesto en que los Jueces, asumiendo el informe pericial, se apartan sin embargo de él sin razones para hacerlo. Únicamente cuando haya motivos objetivos que lo permitan puede el Tribunal discrepar de la pericia, aunque entonces deba argumentar el disenso para evitar cualquier sospecha de arbitrariedad. La pericia es, en fin, un asesoramiento práctico o científico en la idea de comprender mejor la verdad que subyace en el problema al Juez sometido”. Por su parte, en la STS 550/2010, de 15 de junio, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano, se indica: “d) En los casos de verdadero dictamen pericial, es decir, cuando su elaboración requiera especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, los tribunales sólo pueden apartarse de las conclusiones periciales cuando haya razones objetivas que lo permitan o justifiquen”.

¹⁶³ FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA, *Acústica forense*, Bogotá, Artes Gráficas La Picota, 2002, p. 44.

Este tipo de examen empezó a practicarse a través del oído humano, y hacia mediados del siglo XX con un aparato llamado quimógrafo, que registraba la apertura y cierre de la boca y en la laringe las vibraciones de los pliegues vocales. Posteriormente vino el oscilógrafo, que analizaba ondas y finalmente vino el espectrógrafo, que fue desarrollado por Laboratorios Bell en Estados Unidos a comienzos de los años sesenta, ante la proliferación de llamadas relacionadas con la bomba nuclear, que era el temor de la guerra fría¹⁶⁴.

Este examen utiliza métodos auditivos, lingüísticos y acústicos; en otras palabras, no se remite exclusivamente a las marcaciones del aparato sino que involucra las percepciones del perito sobre acentos, ritmo, vocabulario, etc. Para estos efectos, debe realizarse una prueba de voz a través del mismo medio que se grabó la prueba a cotejar. Para el caso de las escuchas telefónicas, se debe tomar la prueba de voz a través de un teléfono dispuesto para ello en el laboratorio de grafología.

Esta muestra debe cotejarse con la cinta original que contiene la grabación cuya autenticidad de voces se pretende. Sin embargo tratándose del sistema SITEL, donde la grabación original queda en el disco duro del sistema y lo que se entrega al Juzgado —y de allí al laboratorio— es una copia. Debe resaltarse que dichas copias poseen mayores elementos de seguridad que los métodos convencionales, por lo que no es viable su manipulación sin ser descubierta lo que las hace aptas y su autenticidad está fuera de discusión¹⁶⁵.

¹⁶⁴ PÉREZ RODRÍGUEZ, Bertha, *Sistema de cadena de custodia EFMP La Voz, UNODC Colombia, Especialización control, investigación y judicialización del narcotráfico, Módulo operativo*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2006, p. 281.

¹⁶⁵ STS 1212/2011, de 15 de noviembre, Sr. Francisco Monteverde Ferrer: “Cuando se alega la falta de control judicial de las escuchas por no haberse aportado los soportes originales, hay que hacer constar que los agentes policiales manifiestan que las grabaciones se realizaron en el disco duro del servidor central de donde se pasan, mediante volcaje, a los DVD que se remiten al juzgado. Lo verdaderamente esencial radica en que el juez conozca el contenido del curso de las escuchas. Las referencias jurisprudenciales a las cintas magnetofónicas se hacían en función de la tecnología aplicable en épocas anteriores para grabar las escuchas. Las tecnologías han avanzado, por lo que las cintas pueden ser sustituidas por cualquier otro medio. Lo sustancial es la autenticación de las grabaciones y la posibilidad de conocer su contenido en un soporte (en este caso DVD) que las refleje.

La toma de muestras de la voz del inculpado, realizada con el objeto de determinar si es el que participa en las conversaciones que aparentemente le incriminan, ha suscitado inquietudes, sobre si se trata de un acto procesal vulneratorio del derecho a la no incriminación que se encuentra consagrado en los arts. 17.3 y 24.2 CE.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su Dictamen 8239 de 1979 de 4 de diciembre, señaló que no podía considerarse de tal manera, ya que el resultado de la pericia también podría exonerar al investigado. Esta posición es la acogida por el Tribunal Supremo.

Este criterio también la defiende la Fiscalía General del Estado, al resaltar en la Circular 1/2013 que esta prueba no supone intervención corporal propiamente dicha porque constituye una acción banal sobre la integridad física, y tampoco puede equipararse a la prueba de confesión porque las manifestaciones del investigado que se obtienen como muestra del dictamen no son declaraciones inculpatorias. Sin embargo, en el caso de la toma de voz se plantea el problema que para ello se requiere de la voluntad del implicado, y que en principio, no se le puede obligar a hablar si no quiere, pues de otra forma sería incurrir en tortura, caso en el cual deberá recurrirse a otras grabaciones del investigado, en las cuales no haya duda sobre su participación. En estos casos, la solución será acudir a los otros medios de comprobación.

4.3.2.4.3. La indispensabilidad del peritaje de voz en los casos de intervenciones telefónicas

Como la necesidad de la pericia depende del conocimiento del órgano judicial actuante, es válido que omita esta prueba cuando se encuentre seguro de poder interpretar por sí mismo el elemento probatorio correspondiente. Por este motivo, y con respecto a la prueba de voces, la jurisprudencia ha venido considerando que si el juez puede apreciar claramente que la voz que escucha en el medio magnético

El sistema SITEL no exige la presencia permanente de una persona escuchando en tiempo real las conversaciones intervenidas. Su tecnología permite sustituir esa presencia personal por un sistema de grabación de alta seguridad y de difícil o, por no decir imposible, manipulación sin que la persona que la realice sea detectada por su clave y personalmente identificada con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas”.

que contiene las conversaciones intervenidas es la del investigado, no es imperativa la realización de la prueba de voz, a menos que haya sido solicitada por las partes¹⁶⁶.

Además de la apreciación directa de la voz del investigado por parte del juez, otras pruebas pueden identificarlo como quien realiza las comunicaciones intervenidas. Un ejemplo de ello aparece en la STS 138/2004¹⁶⁷, donde el dictamen de voz resultó ambiguo, pero el Tribunal advirtió que la prueba de voz no era indispensable para la identificación del acusado, ya que en las mismas grabaciones los investigados utilizaron sus propios nombres. Esta Sentencia confirma la importancia de la realización de las que se han llamado “pruebas corroborantes”, pues en el caso de estudio las escuchas telefónicas estuvieron acompañadas con seguimientos de la Policía Judicial, y estos fueron indispensables para la identificación de los investigados y para determinar la veracidad de lo que comunicaban¹⁶⁸.

Otra forma en que se puede identificar a los interlocutores, sin recurrir al peritaje, consiste en la percepción directa de sus voces por parte del juez. Este método ha sido aceptado por el Tribunal Supremo Sentencia 705/2006¹⁶⁹.

¹⁶⁶ STS 751/2002, de 28 de septiembre, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez, que indicó que el juzgador debía estar seguro de la autenticidad de las voces pero que la forma de hacerlo no era únicamente el dictamen grafológico ni de una previa comparecencia de audición.

¹⁶⁷ STS 138/2004, de 20 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.

¹⁶⁸ STS 138/2004, de 20 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín: “La sentencia señala y destaca, que las cintas se escucharon en el momento culminante del debate contradictorio del juicio oral y que los acusados se llamaban por sus nombres, por lo que era fácil identificarlos. Añade, como complemento sustancial, que a la vista del contenido de las grabaciones, los agentes policiales realizaban las pertinentes gestiones y seguimientos, comprobando visualmente, que los implicados llevaban a cabo aquello que habían hablado anteriormente, a través del teléfono”.

¹⁶⁹ STS 705/2006, de 6 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: “En cuanto a la alegación de que no se puso en conocimiento de los acusados la audición para reconocer sus voces y en su caso realizar la prueba fotométrica de reconocimiento, consta en autos que el material quedó a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar aquella prueba y no lo hicieron por lo que sería aplicable la doctrina de esta Sala (SSTS 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000), según la cual «es la parte la que debió instar su realización, de modo que si no lo hizo, reconoció implícitamente su autenticidad», sin olvidar que habiendo sido oídas las conversaciones grabadas en el plenario, la identificación de la voz con las de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. En efecto la identificación

La STS 705/2005, incluye también el hecho del silencio guardado durante el traslado de los resultados de las escuchas, que ha sido interpretado como un reconocimiento implícito de su autenticidad. Esta misma posición se repite en la Sentencias 901/2004¹⁷⁰ y 940/2011¹⁷¹.

subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1 y el STS. de 23.12.94, que admitió la autenticación por el Tribunal mediante la audición de las cintas en el juicio”.

¹⁷⁰ STS 901/2004, de 24 de septiembre Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez De la Torre: “a) En cuanto a la alegación de la falta de prueba fotométrica de reconocimiento de voces, es doctrina de esta Sala —por todas STS. 705/2005 de 6.6—, que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes, que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar aquella prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad (SSTS. 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000), sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes.

En efecto la identificación subjetiva de las voces puede basarse, en primer lugar, en la correspondiente prueba pericial caso de falta de reconocimiento identificativo realizado por los acusados, pero la STS 17.4.89, ya igualó la eficacia para la prueba de identificación por peritos con la adveración por otros medios de prueba, como es la testifical, posibilidad que ha sido confirmada por la Tribunal Constitucional en S. 190/93 de 26.1. En definitiva, en relación al reconocimiento de voces, el Tribunal puede resolver la cuestión mediante el propio reconocimiento que se deriva de la percepción inmediata de dichas voces y su comparación con las emitidas por los acusados en su presencia o mediante prueba corroborada o periférica mediante la comprobación por otros medios probatorios de la realidad del contenido de las conversaciones.

En síntesis, a falta de reconocimiento, la prueba pericial no se revela necesaria o imprescindible, otra cosa es que sea conveniente...”.

¹⁷¹ STS 940/2011, de 27 de septiembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre: “Con referencia a la objeción de no haberse realizado prueba fotométrica de análisis de voz con el fin de someter a contradicción tal prueba, la doctrina de esta Sala (SSTS. 406/2010 de 11.5, 924/2009 de 7.10, 705/2005 de 6.6), en orden a tal falta tiene declarado que cuando el material de las grabaciones está a disposición de las partes que bien pudieron en momento procesal oportuno solicitar dicha prueba y no lo hicieron, reconocieron implícitamente su autenticidad (SSTS 3.11.97, 19.2.2000, 26.2.2000). Sin olvidar que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes”.

La STS 751/2012¹⁷² señala que el juez debe estar convencido de que la voz de las grabaciones coincide con la del procesado, y resalta la importancia de que el Juez tenga clara la autenticidad. Y, haciendo referencia a la Sentencia 593/2009, agrega que el dictamen de voz no es el único medio para lograrlo, ni lo es el reconocimiento del investigado de su propia voz; y advierte que, la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo, un dictamen que afirme la coincidencia entre la voz registrada en las grabaciones y el investigado, ya que el juez puede convencerse de esa uni-procedencia de las voces de otras formas.

Por todo lo anterior se concluye lo siguiente: la prueba de voz es un dictamen complejo donde se examinan varios factores, al margen del cotejo mecánico, por lo que puede considerarse como una prueba seria. Sin embargo, no es la única forma de comprobar que el procesado es el autor de la conversación intervenida. Para ello, se puede recurrir a otros medios de prueba, incluyendo la indiciaria, al contenido mismo de la grabación o a la percepción directa del juez.

La Fiscalía General del Estado ha señalado que dentro de los medios alternativos para la identificación de las voces se encuentra la prueba testifical de los funcionarios que efectuaron vigilancias físicas o las escuchas —otra forma de vigilancia— habida cuenta que, durante el término en que se realizan las escuchas, estos últimos terminan acostumbrándose a las voces y reconociéndolas¹⁷³. Así mismo, pueden construirse indicios que lleven a probar quién ha sido el que ha conversado, a partir de hechos indicadores tales como la propiedad del aparato telefónico, el acento, el contenido de la conversación, entre otros.

Es importante tener en cuenta que, como se dijo al analizar la prueba documental, una vez trasladadas las grabaciones que contienen el resultado de las intervenciones telefónicas a las partes, éstas pueden aceptarlas con lo que aceptarían que son de su autoría —o guardar silencio—, actuación que para el Tribunal equivale a una aceptación implícita.

Por último, nuevamente resaltamos la importancia de la existencia de las diligencias y pruebas corroborantes al margen de la realización de las intervenciones telefónicas. Si bien estas diligencias y pruebas pueden constituir una injerencia todavía mayor en la privacidad de los investigados, sus resultados refuerzan los que se obtengan de las escuchas telefónicas. De esta forma, se

¹⁷² STS 751/2012, de 28 de septiembre, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

¹⁷³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 112.

permite a las intervenciones telefónicas cumplir con el requisito de la eficacia. Eficacia que, a su vez, hace posible la actividad sancionadora del Estado y más importante aún, protege al investigado, puesto que previene malas interpretaciones de los resultados de las escuchas, que puedan derivar en la realización de imputaciones equivocadas.

4.3.2.5. Presentación de los resultados de las intervenciones telefónicas y de los actos de investigación que se le relacionan para efectos de establecer su licitud y validar su aptitud probatoria

En el Capítulo Segundo se marcó una línea que diferenciaba las intervenciones telefónicas de otras actividades de investigación que se le relacionan, bien sea porque están involucradas con la afectación de derechos del art. 18 CE o bien están relacionadas con la labor investigativa de escuchar, consisten en búsquedas sobre el aparato telefónico o son verdaderas intervenciones telefónicas pero con finalidades diferentes a las previstas en el procedimiento penal. A pesar de lo anterior, estas actuaciones aparecen al lado de las intervenciones telefónicas y, en ocasiones se han regulado por lo que disponían los derogados arts. 579.2 y 579.3 LECR, por lo que en los trabajos donde se estudia esta medida se les hace referencia en diferentes momentos y lugares, pues materialmente son actividades diferentes a aquéllas.

En el Capítulo Segundo se indicó, igualmente, que el hecho de advertir que tales actuaciones no eran intervenciones telefónicas, no significaba que todas ellas podían ser realizadas de manera directa por la Policía Judicial sin contar con orden habilitante del juez. Dentro de las primeras se encuentran la averiguación del número telefónico¹⁷⁴, del IMEI o del IMSI¹⁷⁵, la inspección de datos del teléfono incautado cuando se realiza de manera urgente y no hay tiempo de acudir al juez para obtener una autorización¹⁷⁶, las escuchas por canales abiertos¹⁷⁷ y la vigilancia

¹⁷⁴ STS 316/2000, de 3 de marzo, Ponente Sr. Adolfo Prego de Tolibar.

¹⁷⁵ STS 1115/2011, de 17 de noviembre, Ponente Sr. Francisco Monterde Ferrer.

¹⁷⁶ STC 70/2002, de 3 de abril.

¹⁷⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013 de 11 de enero, pp. 36-37. Se hace referencia a la STS 1397/2011, de 22 de diciembre, Ponente Sr. Joaquín Giménez García, la cual, a su vez, cita la STS 209/2007, de 9 de marzo, Ponente Sr. Francisco Monteverde Ferrer.

en lugares públicos¹⁷⁸. Y dentro de las actividades anexas de investigación que requieren de orden judicial se encuentra la obtención de listados telefónicos¹⁷⁹, las escuchas directas cerradas¹⁸⁰, los registros¹⁸¹, las vigilancias y filmaciones en lugares privados¹⁸² y los agentes encubiertos¹⁸³, entre otros.

Así mismo, no puede considerarse que estas actividades tengan un valor menor a las intervenciones telefónicas como medio de investigación, o como fuente de prueba en el juicio. Por el contrario, dada la tensión entre los dos deberes del Estado que involucran las intervenciones telefónicas, de un lado ejercer el *ius puniendi* y del otro respetar los derechos fundamentales, es importante establecer en cada proceso que su procedencia ha sido acorde a las necesidades de la investigación y sus resultados presentan una fuerza probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Prueba de esta afirmación es que estas actividades sirven de base para solicitar la intervención telefónica, ya que con ellas se elaboran los indicios que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que el juez pueda proceder a autorizar la medida. Así mismo, este capítulo se ha estudiado casos en los que dichas actividades han sido consideradas como pruebas independientes de las intervenciones telefónicas o sin conexión de antijuridicidad con las mismas, por lo que aunque se declare la ilegalidad de las intervenciones telefónicas estas pueden constituirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

De otra parte, al estudiar la prueba documental en este mismo Capítulo, se indicaron las dificultades para dar credibilidad a los resultados de las intervenciones telefónicas, a pesar de considerar que dicha prueba es un documento público, en la medida que las personas cuyas conversaciones se registran no están comprometiendo hablar con la verdad ante el funcionario que hace la grabación, como sí sucede en la elaboración de otra clase de documentos públicos.

¹⁷⁸ STS 913/1996, de 25 de noviembre, Ponente Sr. Francisco Soto Nieto.

¹⁷⁹ Art. 3 Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones.

¹⁸⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2013, p. 112.

¹⁸¹ Arts. 546 y ss. LECR.

¹⁸² STS de 6 de mayo de 1993, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

¹⁸³ Art. 282 bis LECR.

Por todo lo anterior, los resultados de las escuchas telefónicas deben complementarse con otros medios de investigación o de pruebas que actúen como corroborantes de lo que allí se consigna, para establecer la veracidad de su contenido. En otras palabras, se necesita que al margen de la vigilancia electrónica auditiva de las comunicaciones telefónicas, se ejerza una actividad probatoria paralela que de manera constante robustezca la credibilidad de esta prueba que, en ocasiones, no ofrece certeza en sí misma y que, por tanto, le sirva de apoyo. Este tipo de actividad, ha sido llamado por la doctrina, como conoce como prueba o pruebas corroborantes¹⁸⁴ y dentro de estas se encuentran el trabajo de un analista de la Policía Judicial, quien debe tener experticia para encontrar el verdadero sentido de la comunicación¹⁸⁵, sentido que podrá explicar en el juicio y otros actos de investigación, como vigilancias, inspecciones o seguimientos, entre otras, que confirmen lo escuchado. De esta manera, alrededor de las escuchas telefónicas se encuentran unas actividades de investigación previas para establecer los indicios sobre los cuales se solicita la medida¹⁸⁶ y actividades corroborantes coetáneas a su ejecución.

Si bien es cierto que las limitaciones a los derechos fundamentales de los investigados deben ser mínimas, también lo es que las actuaciones deben ser eficientes para conseguir la finalidad constitucional buscada: la investigación de un delito y establecer la responsabilidad de sus autores o partícipes. De tal manera, que si se ha decidido intervenir en el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado, y a otros derechos fundamentales que le asisten, debe hacerse de tal modo que se garantice la idoneidad de la medida, que incluso puede resultar probando la inocencia del investigado o circunstancias que atenúan su responsabilidad y para ello realizar otros actos de investigación acordes, cuyo resultado se deberá llevar ante el juez. De lo contrario, la injerencia en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones desequilibraría la balanza entre las dos tareas estatales que la escuchas telefónicas involucran: aplicar el *ius puniendi* y garantizar los derechos fundamentales del procesado; por cuanto se estaría

¹⁸⁴ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas...*, cit., Tomo I, p. 153.

¹⁸⁵ VALLÉS CAUSADA, Luis Manuel, *La policía judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012, p. 285.

¹⁸⁶ STS 534/2009, de 1 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

limitando el derecho fundamental, sin tomar las medidas suficientes para lograr una investigación eficaz que conlleve al ejercicio del poder sancionatorio del Estado.

En la STC 25/2011¹⁸⁷ se resaltó la importancia de exponer estas actividades ante el juez, pues con base en estos el Tribunal Constitucional consideró que no había ilegalidad en las escuchas telefónicas, en las que se había basado la investigación. Se trató de un recurso de amparo sobre una condena por un caso de drogas, donde las recurrentes consideraron vulnerados sus derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, entre otros, porque la Policía no había detallado las actividades desplegadas para descubrir cuáles eran sus números telefónicos, que eran prepagos y por tanto, para la época de los hechos¹⁸⁸, no estaban registrados a sus nombres.

Con base en esta situación, alegaron que al faltar esta información, no habían existido indicios base para haber ordenado las intervenciones sino puras conjeturas y por lo tanto las escuchas y las pruebas derivadas no tenían validez. Sin embargo, el Tribunal constató que para intervenir las comunicaciones de las recurrentes, madre e hija, se habían constatado mediante actividades de investigación previas, varias circunstancias entre éstas, que una de ellas había estado involucrada en falsificación de documentos; que gozaba de un nivel de vida y patrimonio elevados sin que estuviera trabajando y que realizaba contactos de corta duración con diferentes personas, a cuyas citas llegaba después de tomar medidas preventivas para evitar se le estuviera siguiendo. El Tribunal consideró que tales actividades conformaban los indicios requeridos en la LECR y descartó ilegalidad probatoria de las escuchas telefónicas invocada en la demanda, señalando que no era indispensable que la Policía diera todos los detalles de su actuación, por lo que no había sido indispensable que hubiera explicado la forma en que había conocido los números telefónicos prepago.

Adicionalmente, durante la intervención de las comunicaciones se siguieron manteniendo las vigilancias y seguimientos por lo que se comprobó que ambas procesadas enviaban remesas de dinero a su país, para lo cual utilizaban otro número telefónico; que las transacciones de droga se realizaban en el domicilio de

¹⁸⁷ STC 25/2011, de 14 de marzo.

¹⁸⁸ Actualmente, la LCDCE-RPC obliga a las operadoras a llevar un registro de la identidad de esta clase de clientes.

las investigadas y que estuvieron involucradas en la traída de cocaína insertada dentro de canes vivos, a los que había operado para introducirles la sustancia. Con base en estas pruebas, que como puede observarse, no solo incluían los resultados de las escuchas telefónicas, sino testimonios y documentos sobre las actividades previas y corroborantes —los seguimientos, los documentos financieros y la incautación de la droga— se condenaron a las recurrentes.

En las Sentencias 1393/2003¹⁸⁹ y 112/2012¹⁹⁰ se indicó, igualmente, que la validez constitucional de una medida de injerencia de los derechos fundamentales no puede depender de que la Policía explique al Juez Instructor el origen de todas y cada una de sus actuaciones, ya que la regla general estas se rigen por el principio de legalidad y buena fe¹⁹¹.

Aunque la jurisprudencia haya considerado que para establecer la validez de las escuchas telefónicas no es indispensable sustentar todas las actividades investigativas previas que le sirvieron a la policía para solicitar se interviniera las comunicaciones, consideramos que es importante que en el juicio se expongan al juez estas diligencias y se pruebe la licitud con que se practicaron.

De hecho esta posición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también del Tribunal Supremo, no ha sido sostenida siempre de esta forma.

El caso contrario se dio en la STS 130/2007¹⁹², donde se intervinieron unos teléfonos móviles en prepago y como no aparecen los datos de los usuarios de la línea, se consideró que para haber accedido a esta información, se había vulnerado el secreto de las comunicaciones, con lo que se había tenido acceso a un dato externo de la misma, como era el número telefónico, de manera ilícita, es decir, sin autorización judicial. Por lo anterior, las escuchas se declararon ilícitas. Sin embargo, como bien lo indicó un voto particular¹⁹³, se pudo haber generado un prejuicio en el Tribunal respecto de la forma en que esos números se habían obtenido, al no haberse señalado en la solicitud de intervención de la Policía, cómo había obtenido esos números. Un prejuicio que conllevó la declaratoria de ilicitud

¹⁸⁹ STS 1393/2003, de 22 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.

¹⁹⁰ STS 112/2012, de 23 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

¹⁹¹ Art. 11.1 LOPJ.

¹⁹² STS 130/2007, de 19 de febrero, Ponente Sr. Perfecto Andrés Ibáñez.

¹⁹³ Firmado por los Magistrados Andrés Martínez Arrieta y José Manuel Maza Martín.

de la cual difirieron los dos Magistrados, por cuanto indicaron que de otros casos, se conocía que estos números podían obtenerse a través del IMEI de los teléfonos, actividad que no implica vulneración del derecho fundamental¹⁹⁴.

Es de tener en cuenta que las otras actividades investigativas, junto con los resultados de las intervenciones de las comunicaciones, pueden formar hechos indicadores que lleven a la elaboración de indicios que puedan desvirtuar la presunción de inocencia. En la STS 132/1997¹⁹⁵ el Tribunal prefirió el valor probatorio de los resultados de las escuchas como indicio y no como documentos.

Por lo tanto, las actividades investigativas tratadas en el Capítulo Segundo y sus resultados, al ser diferentes a las intervenciones telefónicas, bien sea porque son actividades previas o pruebas corroborantes, deben relacionarse en la acusación y sus resultados formar parte dentro del acervo probatorio del juicio, sin subsumirse dentro de las intervenciones telefónicas, a pesar del estrecho vínculo que les une, con lo que contribuirán a robustecer la licitud y la credibilidad de las intervenciones telefónicas como prueba.

Con esto se refuerza la idea de lo importante que resulta diferenciar las intervenciones telefónicas de las actividades que no lo son, para que cada medio de investigación y fuente de prueba, practicada de acuerdo a su respectiva reglamentación, actúe de manera independiente, pero corroborando mutuamente sus resultados, y con ello garantizar la eficiencia que justifica la injerencia en el derecho fundamental del secreto de las comunicaciones.

¹⁹⁴ GARCÍA LOZADA, José, *Técnicas policiales...*, cit., pp. 1489 y ss., señala que algunos de los métodos utilizados por la policía judicial para identificar el número de la tarjeta prepago son: obtenerlo de la lista de llamadas y entrantes de otro teléfono que se encuentre intervenido previamente, con la colaboración de los centros de venta de las tarjetas y procedimientos tecnológicos. En todo caso, de acuerdo con RODRÍGUEZ LAINZ, la información sobre la forma en que se conoció el número telefónico no tiene por qué reflejarse en la solicitud de escuchas. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *Estudios...*, cit., p. 374.

¹⁹⁵ STS 132/1997, de 8 de febrero, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid.

Conclusiones

— Primera —

La posibilidad de efectuar intervenciones telefónicas en una investigación criminal se debate entre dos funciones estatales, a saber: el de esclarecer los delitos y de sancionar a sus responsables, para lo cual, la utilidad de las escuchas telefónicas como medio de investigación y fuente de prueba es indiscutible, sobre todo cuando las acciones delictivas provienen de la delincuencia organizada o son técnicamente sofisticadas; y, en segundo lugar, el de respetar y hacer viables garantías fundamentales de los ciudadanos investigados, dentro de las cuales se incluyen el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y el derecho al acceso a la Justicia dentro de un debido proceso, que implica el cumplimiento del principio de legalidad en materia procesal, consagrado todo ello en el art. 24 CE.

— Segunda —

Para poder dar cumplimiento a ese principio de legalidad en materia procesal, se hace imperativo contar con una ley completa y clara sobre la forma de practicar las interceptaciones telefónicas dentro de un proceso penal.

Como punto de partida, esta ley que regule las escuchas telefónicas como medio de investigación penal debe señalar las características propias de este medio de investigación para impedir, de esta forma, que su regulación termine aplicándose erróneamente a otro tipo de actuaciones de la investigación criminal,

o de actuaciones que tengan lugar fuera del proceso penal, con lo que se vulnerarían el principio de legalidad procesal y las garantías fundamentales de los investigados, ya que cada derecho fundamental debe estar específicamente limitado por una ley clara y asequible, y autorizado específicamente mediante resolución judicial.

— Tercera —

Existen actuaciones de la investigación criminal, o lugar fuera de ésta, que se asemejan a las interceptaciones telefónicas, pero no por ello pueden confundirse con ellas para, de esta forma, que se les apliquen las normas que regulan la interceptación telefónica.

Consideramos que son tres las razones principales que se pueden prestar a esta confusión: La primera de ellas es que en que algunas de estas actuaciones inciden igualmente con los derechos fundamentales que están igualmente garantizados en el art. 18 CE, como ocurre con las escuchas de las conversaciones orales directas, las escuchas directas de las conversaciones privadas o la captación de los datos de las llamadas telefónicas que ya han finalizado. Así como las escuchas telefónicas inciden en el derecho al secreto de las comunicaciones, no toda interferencia en este derecho se realiza a través de escuchas telefónicas. El secreto de las comunicaciones, del art. 18.3 CE, forma parte de los derechos a la privacidad consagrados en el art. 18 CE, pero, no todos los derechos a la privacidad relacionados con el proceso de comunicación se garantizan a través de la protección de su secreto, como sucede con el acceso a los datos de llamadas telefónicas que han finalizado, cuya privacidad está garantizada en el art. 18.4 CE, que consagra el derecho a la protección de datos personales.

La segunda explicación es que en que algunos de estos otros medios también consisten en la captación de la voz, o en escuchar —como sucede con la captación automática, mediante un programa informático, de palabras determinadas que personas indeterminadas transmiten a través del espectro electromagnético—, para un posterior análisis de inteligencia y determinar si existen amenazas de seguridad, actuaciones que no son vigilancias específicas a una persona dentro de un proceso penal, pero a las que suelen dársele informalmente la connotación de interceptaciones telefónicas.

La tercera razón consiste en que estas otras actividades son igualmente pesquisas o intervenciones sobre un aparato telefónico, como sucede cuando se averigua su número de serie de fabricación, llamado IMEI, o cuando al teléfono móvil incautado se le inspecciona la agenda de contactos.

— Cuarta —

A pesar de las mencionadas semejanzas entre las escuchas telefónicas y otras actuaciones de la investigación criminal, las interceptaciones telefónicas sí poseen unas características propias que les imprimen particularidades que las separan de otras medidas de investigación y las hacen independientes. Estas características son: consisten en una modalidad de vigilancia electrónica auditiva, donde se despliega una atención constante del investigador en las conversaciones de una determinada persona —o línea telefónica— sobre la que recaen motivos razonables de encontrarse vinculada con un delito; recaen sobre comunicaciones que se están produciendo y no han finalizado, cuyos interlocutores están presentes e interactúan alternativamente, unas conversaciones transmitidas a través de un canal privado, independiente que su contenido sea íntimo o público, relevante o banal; se transmiten a través del ‘teléfono’, entendido éste como un aparato que transmite conversaciones a distancia, sin importar la tecnología que use, o su diseño exterior; y en su autorización y aplicación deben tenerse en cuenta los principios que rigen la ley procesal penal, que excluyen la aplicación analógica de normas que limitan derechos fundamentales.

— Quinta —

Al tenerse claridad sobre cuáles son las características de lo que debe entenderse por interceptaciones telefónicas, se impide dejar fuera de su regulación algunas actuaciones que sí lo son, aunque estas difieran de la típica representación del cable que se conecta a un teléfono fijo, en cuyo extremo opuesto se encuentra un investigador dispuesto a escuchar las llamadas telefónicas que se realicen a la línea o desde la línea, figura con la que tradicionalmente se relacionaron las intervenciones telefónicas, y que ha quedado atrás ante los sucesivos avances tecnológicos. Tal es el caso de la interceptación del aparato telefónico propio para

estuchar las conversaciones de terceros, o la intervención de conversaciones telefónicas a través del ordenador; incluso se llegó a plantear que las interceptaciones de conversaciones realizadas a través de teléfonos inalámbricos — como el móvil— estaban fuera del ámbito de la regulación de las escuchas telefónicas, cuestión que difícilmente se consideraría en estos días.

— Sexta —

Delimitar lo que debe entenderse por interceptación de comunicaciones telefónicas, según sus características propias, garantiza el respeto de los derechos fundamentales del investigado, porque cada una de las restricciones a los derechos fundamentales que se le realicen tiene que estar debidamente regulada, ponderada y controlada. También, cada acto de investigación tendrá su propio valor probatorio y esto resulta especialmente valioso, cuando se deba dilucidar sobre la conexión de antijuridicidad en el evento en que las escuchas adolezcan de ilicitud.

— Séptima —

El manejo independiente de cada técnica de investigación, y de sus resultados, permite que entre todos ellos se configure un hecho indicador contundente que conduzcan a formar un indicio, o que como pruebas independientes se corroboren entre sí y, de esta forma, fortalecer los resultados de una investigación. Esta posibilidad de concatenar las pruebas no sería viable si todos los medios de investigación se confundieran unos con otros en razón de su similitud.

— Octava —

No obstante la importancia que tiene enmarcar las escuchas telefónicas dentro de unas características propias que las definan para evitar una errónea aplicación de una norma procesal penal, que limita derechos fundamentales, estas particularidades no se señalan en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A pesar de ello, ya es un avance relevante que la reforma a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, haya separado las escuchas

telefónicas de otras actuaciones, como la captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y registros remotos sobre equipos informáticos, donde se incluyen los teléfonos móviles provistos de aplicaciones aptas para dichos fines.

Y aunque no se realice esta separación respecto de las conversaciones telemáticas, ya que la interceptación de las conversaciones telemáticas y telefónicas se regulan en el mismo Capítulo V del Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta cuestión no exonera al Juez de indicar qué tipo de intervención autoriza y en el evento en que esté autorizando la interceptación de ambas formas de comunicación, el alcance individual de cada una de estas.

— Novena —

Cuando el art. 588 ter c LECR permite la interceptación de los teléfonos de los terceros, indicando que éstos son quienes se benefician del delito o le ayudan su autor, la norma da un alcance a este término —‘terceros’— diferente al que le da la ley penal, por lo que estas expresiones deben armonizarse. Por lo cual, hay que entender que los terceros son, junto a los titulares de la línea que utiliza el investigado, las personas que este utiliza como instrumentos, con lo que en este caso el investigado estaría actuando como un autor mediato; de lo contrario, se cometería el error de incluir dentro de los terceros a los coautores ejecutivos — también llamados ‘autores intelectuales’—, a los inductores y a los cómplices — necesarios o no necesarios—, ya que todos ellos son responsables del delito y, por consiguiente, la intervención de sus comunicaciones telefónicas deberá efectuárseles como investigados y nunca como terceros. Ahora bien, esto no impide que en un principio se les tenga como terceros y se les intervengan sus comunicaciones de esta forma, porque el descubrimiento de las circunstancias de un delito —y de sus responsables— mediante las escuchas telefónicas es gradual, por cual, al comienzo de una intervención telefónica no se tiene la certeza sobre el grado de intervención en el delito del interceptado y, en este sentido, la norma permite un mayor ámbito de acción a las autoridades.

— Décima —

Si bien la duración de las intervenciones telefónicas no puede ser indefinida, consideramos que, en casos especiales, debería permitirse la posibilidad de que ésta pudiera prolongarse, incluso más allá de los dieciocho meses fijados en el art. 588 ter g LECR, cuando se esté en presencia de delitos como secuestro o desaparición y no se haya logrado el rescate de la víctima, si además la interceptación telefónica continúa siendo una medida idónea, necesaria y proporcionada a esta finalidad. Aunque pareciera improbable que un teléfono pueda ser utilizado en actividades delictivas por un término tal largo, pues los delincuentes acostumbran a cambiar frecuentemente las tarjetas SIM, precisamente para prevenir ser interceptados, no sucede lo mismo con los teléfonos fijos y, en esas circunstancias, finalizar la intervención telefónica por una formalidad respecto del plazo vulnera la obligación estatal de protección de los habitantes de su territorio.

— Décimo Primera —

Al margen de la aportación al Juzgado de Instrucción de los resultados de las escuchas telefónicas en original o con copia electrónica de seguridad para evitar la alteración de los resultados, también debe evitarse la manipulación en la selección de lo que se consideren como las conversaciones más relevantes, que son las que fijan el rumbo de la investigación y determinan la proporcionalidad de la ejecución de la medida y, por consiguiente, su continuidad. Para ello, a pesar de las opiniones que indican que el Juez no tiene tiempo para estar escuchando todas las conversaciones que ha autorizado, lo cual es cierto, consideramos que durante los controles periódicos, o los que tienen lugar para efectos de prorrogar la interceptación telefónica, el Juez debe escuchar directamente las conversaciones relevantes en lugar de limitarse a leer las transcripciones.

La audición periódica de conversaciones cruciales obtenidas durante las escuchas telefónicas, así como el permanente contacto entre el Juez de Instrucción y el equipo de Policía Judicial encargado de las interceptaciones, tienen, además, las siguientes ventajas: le permite al Juez ejercer un verdadero control de la medida, estar atento a los hallazgos nuevos que se vayan presentando y tomar oportunamente medidas que impidan su ilicitud y conocer los aspectos

paralingüísticos y extralingüísticos de las conversaciones, los cuales no se registran en las transcripciones, para así captar el sentido verdadero de lo dicho por el investigado.

— Décimo Segunda —

Se ha considerado la creación del Estado como una asociación entre los hombres, mediante la cual sacrifican algo de su libertad por garantizar su seguridad, de ahí que ante una amenaza en contra de la seguridad del Estado surgen inmediatamente normas que restringen las libertades individuales y, muy especialmente, el secreto de las comunicaciones; y, dentro de éste, de las conversaciones telefónicas.

Para que esta restricción no sea desproporcionada y continúe dentro de un marco de legalidad, su eventual ocurrencia debe estar prevista en la Ley. Al respecto, fue un acierto que al momento de elaborarse la LO 13/2015 se hubieran acogido los planteamiento del Consejo General del Poder Judicial en cuanto a excluir de la potestad de ordenar interceptaciones telefónicas por parte del Ministro del Interior o del Secretario de Estado de Seguridad, por delito que sobrepasaban lo dispuesto en el art. 55 CE. En aras de la seguridad, no se pueden sacrificar los límites impuestos en la Constitución.

— Décimo Tercera —

Aunque en sistemas de *civil law*, como es el caso de España, la jurisprudencia no debe ser fuente de Derecho, y mucho menos de Derecho Procesal penal, es innegable que ante los vacíos del derogado art. 579 LECR la jurisprudencia ha jugado un papel esencial en la práctica de las intervenciones de comunicaciones de forma acorde a los derechos y garantías constitucionales propios de un Estado de Derecho, cuya doctrina esencial ha querido acogerse en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por mor de la LO 13/2015.

— Décimo Cuarta —

Es urgente regular las interceptaciones telefónicas realizadas por padres, tutores o curadores en desarrollo del control parental, y de las efectuadas en el ámbito laboral por parte del empleador para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales del empleado, ya que estas injerencias carecen de una regulación propia y se realizan por interpretación de las normas que señalan deberes o derechos. En todo caso, se trata de una intromisión en un derecho fundamental donde el consentimiento del afectado, cuando existe, puede verse influenciado, bien sea por su edad, en el primer caso, o por su necesidad de trabajar, en el segundo.

— Décimo Quinta —

El art. 18.3 CE siempre ha expresado claramente la necesidad de una resolución judicial para proceder a intervenir el secreto de las comunicaciones telefónicas, de tal manera que, a pesar de los vacíos normativos que se hubieran podido presentar en el derogado art. 579 LECR, quien haya cometido el delito de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197.1 CP interviniendo las comunicaciones telefónicas de un tercero sin su consentimiento o sin autorización judicial, no puede alegar error de tipo invencible.

Este mismo planteamiento se puede aplicar a los demás delitos relacionados con las escuchas telefónicas antijurídicas, que son el tipificado en art. 536 CP y la prevaricación del art. 446 CP. Sin embargo, consideramos que podría darse la posibilidad de un error de prohibición, muy especialmente en las interceptaciones telefónicas que se hagan en razón del ejercicio del control parental o en el ámbito laboral y excedan los límites que la jurisprudencia o la doctrina les ha dado a consecuencia de la ausencia de una ley que las regule expresamente.

Bibliografía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: “Recomendaciones a Usuarios de Internet”, p. 31 (http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_recomendaciones_internet_052009.pdf).
- AGUDELO RAMÍREZ, Martín, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Medellín, Señal Editora, 1999.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, Madrid, La Ley, 2009.
- ALEXY, Robert, “Los Derechos Fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Derecho Constitucional*, año 3, n.º 91, 2011, pp. 11-29.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, 2009, pp. 61-105.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, legislación, comentarios, jurisprudencia*, Madrid, Dykinson, 2001.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Medios de investigación en el proceso penal*, Madrid, 2.ª ed., Dykinson, 2003.
- ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, *Curso de Derecho Constitucional. Volumen I*, Madrid, 3.ª ed., Tecnos, 1999.

- ÁLVAREZ DE NEIRA KAPPLER, Susana, “Los descubrimientos causales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro domiciliario)”, *www.riedpa.com*, n.º 2, 2011.
- ÁLVAREZ, Graciela E., *La oralidad y su importancia en el Derecho*, Panamá, Instituto de Estudios Políticos Internacionales, 2008.
- ANARTE BORRALLO, Enrique, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló edits., Huelva, Universidad de Huelva, 1999, pp. 13-57.
- ARANGO RIVADENARIA, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- ARBOLEDA GÓMEZ, Saulo, *Los secretos del miti-miti*, Bogotá, Quintero Ediciones, 2002.
- ARENAS, Antonio Vicente, *Comentarios al Código Penal colombiano. Tomo II, Parte especial. Volumen 1*, Bogotá, Temis, 1983.
- ARISTÓTELES, *El Organón*, Bogotá, Gráficas Modernas, 2006.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Iustel, 2007.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 2.ª ed., Praxis, 1999.
- ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, Trivium, 1989.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BACHMAIER WINTER, Lorena, *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- BACON, Francis, *Novum organum*, Madrid, Editorial Fontanela, 1984.
- BAHAMONDE MAGRO, Ángel, OTERO CARVAJAL, Luis Enrique, *El teléfono. El nacimiento de un nuevo medio de comunicación, 1877-1936* (<http://www.ucm.es/info/hcontemp/leoc/telefono.htm>).
- BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús, *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal penal*, Madrid, La Ley, 2010.
- BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Valencia, 21.ª ed., Tirant lo Blanch, 2013.

- BARONA VILAR, Silvia, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Valencia, 21.ª ed., Tirant lo Blanch, 2013.
- BELANDRIA, Margarita, GONZÁLEZ REINOZA, Javier, *La libertad de expresión: de la doctrina a la ley*, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes en Mérida, Venezuela (<http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19017/1/articulo5.pdf>).
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 1989.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, “Los derechos fundamentales en la Constitución Española”. En: *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 397-436.
- BÜLOW, Oskar von, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, EJEA, 1961.
- BUSCAGLIA, Edgardo, GOECKENJAM, Inge, GONZÁLEZ, Samuel, MENDIETA JIMÉNEZ, Ernesto, MERLE, Aurelie, “Delincuencia organizada y derechos humanos: ¿Cómo controlar el uso de las técnicas modernas de investigación? El caso de las intervenciones de comunicaciones privadas. Recomendaciones para el desarrollo de medidas estatales”. En: *Reflexiones en torno a la delincuencia organizada*, Edgardo Buscaglia y Samuel González dirs., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, pp 33-67.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los bienes jurídicos colectivos”. En: *Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Colegio Penal de 1932*, Madrid, 1986, pp. 147-174.
- CACIAGLI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal. Tomo I*, Buenos Aires, EJEA, 1950.

- CASANOVA MARTÍ, Roser, “Valoración crítica de las intervenciones telefónicas en el borrador del Código Procesal Penal”. En: *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Víctor Catena dir., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 543-556.
- CASANOVA MARTÍ, Roser, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Bosh, 2014.
- CASTEJÓN FERNÁNDEZ, Luis, “¿Cómo desarrollar competencia en hablar en el público universitario?”. En: *Revista Aula Abierta*, 2011, vol. 39, núm. 3, pp. 31-40.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal. Tomo I. Conceptos fundamentales*, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- CLERICÓ, Laura, “El examen de la proporcionalidad; entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En: *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Miguel Carbonell coord., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, 2 Tomos, 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado*, 3 Tomos, 2.ª ed., Bosch, 2004.
- CÓRDOBA RODA, Juan, GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomos I y II*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- CORPIO PÉREZ, Fernando, *Diccionario epistemológico general de la lengua castellana*, Barcelona, 3.ª ed., Editorial Bruguera, 1984.
- CORRÊA DE CARVALHO, José Theodoro, “Intervención de las comunicaciones telefónicas en España”, *Noticias Jurídicas*, noviembre de 2007 (<http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho%20Procesal%20Penal/200711-20202058458757.html>).
- CRUZ CRUZ, Francisco José, *Social media y peligros de internet*, www.epublicaciones.com, 2013.
- CUADRADO SALINAS, Carmen, *La investigación en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 2010.
- CUEVA CARRIÓN, Luis, *El debido proceso*, Quito, 2.ª ed., Ediciones Cueva Carrión, 2014.
- DAGDUG KALIFE, Alfredo, *La prueba testimonial ante la delincuencia organizada*, México, Porrúa, 2006.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, *Criminalidad organizada*, Barcelona, Bosch, 2001.

- DÉVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal: Teoría general del proceso*, Medellín, Diké, 1987.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Principios fundamentales del Derecho Procesal*, Bogotá, Universidad Javeriana – Gustavo Ibáñez, 2002.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio, MARTÍN MORÁLES, Ricardo, “¿Es proyectable el art. 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”. *La Ley, Revista Jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 6, 1997, pp 1712-1716.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio, MARTÍN MORÁLES, Ricardo, “La teoría de la conexión de la antijuridicidad”, *Jueces para la Democracia*, n.º 43, 2002, pp. 39-49.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio, MARTÍN MORÁLES, Ricardo, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Madrid, Cívitas, 2001.
- DÍAZ REVORIO, Javier, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 59, 2006, pp 159-175.
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús, “¿Hacia una jurisprudencia electrónica? (Breves reflexiones sobre SITEL)”, *La Ley Penal*, n.º 74, 2010.
- EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción, la sociedad civil contra los abusos del poder*, Bogotá, Planeta, 2003.
- ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales*, 5.ª ed., Madrid, Reus, 1953.
- EMERY, Fred, *Watergate: The corruption of american politics and the fall of Richard Nixon*, Nueva York, Times Books – Random House, 1994.
- ESCOBAR LÓPEZ, Edgar, MARULANDA OTÁVALO, Luz Fabiola, *Derecho a la intimidad*, 2.ª ed., Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2004.
- ESTEBAN NAVARRO, Miguel A., CARVALHO, Andrea, “Inteligencia: concepto y práctica”. En: *Inteligencia*, José Luis González Cussac coord., Tirant lo Blanc, Valencia, 2012.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Cóllex, 1998.
- FAREÁN MOLINA, Francisco, *Interceptación de comunicaciones telefónicas en el proceso penal y disciplinario*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Funcionalismo y teoría del bien jurídico”. En: *Constitución y principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales*, Santiago Mir Puig, Joan J Queralt dirs., Valencia, Tirant lo Blanc, 2010, pp. 163-230.

- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo*, Madrid, Dykinson, 2008.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, “Garantías y derecho penal”. En: *Garantismo y Derecho Penal*, Juan Oberto Sotomayor Acosta coord., Bogotá, Temis, 2006, pp. 3-12.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Valladolid, 4.ª ed., Trotta, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, 7.ª ed., Trotta, 2010.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA, *Acústica forense*, Bogotá, Artes Gráficas La Picota, 2002.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, 2 Tomos, Bogotá, Temis, 1995.
- GARCÍA BORREGO, José Antonio, FERNÁNDEZ VILLAZALA, Tomás, *Introducción al Derecho procesal Penal*, Madrid, Dykinson, 2009.
- GARCÍA LOZADA, José, “Técnicas policiales aplicadas en la investigación de la delincuencia organizada. Casuística policial”, *Estudios Jurídicos*, n.º 2004, 2004.
- GARCÍA MÁYENZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 65.ª ed., México, Porrúa, 2013.
- GARCÍA MUÑOZ, Pedro Luís, “La actividad policial con incidencia probatoria”. En: *Estudios sobre la prueba penal. Volumen 1. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: competencia, objeto y límites*, Xavier Abel Lluch y Manuel Richard González coords., 2010.
- GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo, “El hallazgo causal o descubrimiento ocasional en el ámbito de la investigación penal”, *La Ley Penal*, n.º 109, 2014.
- GARCÍA-BERRÍO HERNÁNDEZ, TERESA, “La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 4, 2006, pp. 127-152.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana, “La protección de los datos personales e internet, problemas actuales”. En: *Derechos humanos y protección de datos personales en el siglo XXI*, Cinta Castillo Jiménez y Álvaro Sánchez Bravo edits., Madrid, 2013.

- GETOS, Anna María, “Terrorismo: concepto, definiciones y tendencias”. En: *Terrorismo, proceso penal y derechos fundamentales*, de Lorena Bachmaier Winter coord., Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 13-44.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, MESTRE DELGADO, Esteban, *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*, Madrid, Tecnos, 2003.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato”. En: *Prueba y proceso penal*, Juan Luis Gómez Colomer coord., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 107-147.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Prueba obtenida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles”. *Anuario de Derecho Penal*, 2008, pp. 145-188.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal constitucionalizado*, Bogotá, Universidad del Sinú — Gustavo Ibáñez, 2013.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís, “La conexión de antijuridicidad en la prueba prohibida”. En: *Prueba y proceso penal*, Juan Luis Gómez Colomer coord., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 279-322.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Tecnocrimen”. En: *Nuevas amenazas a la seguridad nacional. Terrorismo, criminalidad organizada y tecnologías de la información y la comunicación*, José Luís González Cussac y María Luisa Cuerda Arnau, dirs., Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 205-242.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, LARRIBA HINOJO, Beatriz, FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Antonio, “Derecho”. En: *Inteligencia*, José Luis González Cussac coord., Valencia, Tirant lo Blanc, 2012.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, Juan José, *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 2007.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías, *Manual de Policía Judicial para la función disciplinaria*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación (Colombia), 2011.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Derecho Penal*, Madrid, Cóllex, 1990.

- GRIMA LIZANDRA, Vicente, “Secreto profesional del abogado”. En: *Protección jurídica de la intimidad*, Javier Boix Reig y Ángeles Jareño Leal coords., Madrid, Iustel, 2012, pp. 199-229.
- HALL, Carlos Normando, *La intervención de las telecomunicaciones*, Montevideo, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2003.
- HARRIS, Sam, *Mentir*, Las Vegas, Amazon Crossing, 2011.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, New York, Dover Publications inc., 2006.
- HURRALDE SESMA, María Victória, “Precedente judicial”, *Economía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 4, 2012, pp. 194-201.
- JACOBS, Günther, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, 2.º ed., Madrid, Civitas, 2006.
- JAVATO MARTÍN, Antonio María, “El concepto de funcionario y autoridad a efecto penales”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 23, 2011, pp. 145-172.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Granada, Comares, 2002.
- JIMÉNEZ CONDE, Fernando, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, Editorial Universidad de Salamanca, 1978.
- JUANATEY DORADO, Carmen, “La intervención de las comunicaciones de los internos con sus abogados defensores en el ámbito penitenciario. Doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 15, 2011.
- LANGHE, Marcela de, *Escuchas telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, Akal, 1989.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional: deberes y derechos de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.
- LÓPEZ PEREGRÍN, María del Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo blanch, 1997.
- LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada, *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, La Ley, 2011.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Cóllex, 1991.

- MADRID MALO-GARIZÁBAL, Mario, *Derechos fundamentales*, 3.^a ed., Bogotá, Panamericana, 2004.
- MALEM SEÑA, Jorge F., *La corrupción, aspectos éticos, económicos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- MARTÍN MORÁLES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.
- MARTÍNEZ VAL, José María (edit.), *Diccionario Enciclopédico de Tecnología*, Madrid, Síntesis, 2002.
- MATÍA, Francisco Javier, “Los derechos de la personalidad: la protección de la intimidad, el honor y la vida privada”. En: *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Paloma Biglino, Juan María Bilbao, Fernando Rey, Javier Matía y José Miguel Vidal coords., Pamplona, Thomson Reuters, 2013, pp. 543-582.
- MCINNIS, Thomas N., “Nix v. Williams and the Inevitable Discovery Exception: Creation of a Legal Safety Net”, *Public Law Review*, vol. 28, n.º 2, 2009, pp. 397-446.
- MEDINA ARIZA, Juan J., “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado”. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borrallo edits., Huelva, Universidad de Huelva, 1999, pp. 109-134.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 5.^a ed., 2002.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona, Bosh, 2004.
- MITTERMAIER, Carl Joseph Anton, *Tratado de la prueba criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra*, Madrid, Reus, 1929.
- MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.
- MONTERO LA RUBIA, Francisco Javier, “Paquetes postales y tráfico de drogas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, n.º 1949, 2003, pp. 3091-3105.
- MORA IZQUIERDO, Ricardo, SÁNCHEZ PRADA, María Dolores, *La evidencia física y la cadena de custodia en el procedimiento acusatorio*, Bogotá, Editores Gráficos Colombia Ltda., 2007.

- MORALES PRATS, Fermín, “Los delitos contra la intimidad en el Código Penal de 1995: Reflexiones político-criminales”. En: *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte especial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 239-309.
- MORÁLES PRATS, Fermín, *La reforma de los delitos contra la intimidad, artículo 197 y 198 del Código Penal*, Barcelona, Atelier, 2014.
- MORENO CATENA, Víctor, “Los elementos probatorios obtenidos con afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”. En: *Prueba y proceso penal*, Juan Luis Gómez Colomer coord., Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 75-106.
- MORENO CATENA, Víctor, GIMENO SENDRA, Vicente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Cóllex, Madrid, 1999.
- MORENO CATENA, Víctor, RUIZ LÓPEZ, Cristina, LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel, *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso pena”, *Revista de Derecho Penal de la Universidad de Huelva*, n.º 14, 2004, pp. 96-123
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal penal del enemigo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 16.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y electrónicas”. En: *Investigación y prueba en el proceso penal*, Nicolás González-Cuéllar Serrano y Ágata Sanz Hermida dirs., Madrid, Cóllex, 2006, pp. 138-174.
- MURRAY, Kevin D., *Quit bugging me, your plan for stopping snoops and eavesdroppers without buying detection gadgets or hired a sweep team*, New York, 2010.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y la libertad de información: Un conflicto de derechos*, México, Siglo XXI, 1979.
- NOYA FERREIRO, María Lourdes, *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- OROZCO PARDO, Guillermo, “Intimidad, privacidad, ‘extimidad’ y protección de datos del menor ¿Un cambio de paradigma?”. En: *Protección jurídica de la intimidad*,

- Javier Boix Reig y Angeles Jareño Leal coords., Madrid, Ed. Iustel, 2012, pp. 381-403.
- PALAZZO, Francesco, “La Mafia hoy: evolución criminológica y legislativa”. En: *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló edits., Huelva, Universidad de Huelva, 1999, pp. 161-175.
- PALIDDA, Salvatore, “Política del miedo y decadencia de la esfera pública”. En: *Controles bélicos de estado securitario control de vida y procesos de exclusión social*, Barcelona, Anthropos, 2010, pp. 11-32.
- PALIERO, Carlo Enrico, “La ‘doble función’ del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano”. En: *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Santiago Mir Puig, Joan J Queralt dirs., Valencia, Tirant lo Blanc, 2010, pp. 139-162.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”. En: *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría, Tomos I y II*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 29-134.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Bogotá, 7.^a ed., Librería El Profesional, 1997.
- PEDRAZA PENALVA, Ernesto, “Publicidad y derecho al debido proceso”. En: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi dir., Sevilla, 1996, pp. 157-190.
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, *Diccionario de Criminología*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, Bertha, *Sistema de cadena de custodia EFMP La Voz*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2006.
- PÉREZ, Andrés, “La prueba testimonial y la epistemología del testimonio”, *Isonomía*, n.º 40, 2014, pp. 95-118.
- PICÓ I JUNOY, Juan, *El problema de la prueba psicológica de la prueba ilícita* (<http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/171Probatica.pdf>).
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA, *Manual de Policía Judicial para la Función Disciplinaria*, USAID y PGN, 2012
- QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 6.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 2007.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzálo, MORÁLES PRATS, Fermín, *Comentarios al Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 2008.
- QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio, *Teoría general del Derecho Procesal*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 2008.
- RADDEN KEEFE, Patrick, *Chatter, uncovering the Echelon surveillance network and the secret world of global eavesdropping*, Random House, Nueva York, 2006.
- RAFOLS LLACH, Juan, “Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado”, *Revista Cuaderno de Derecho Penal*, 1992, pp. 559-571.
- REYES ALVARADO, Yesid, *La prueba indiciaria*, 2.^a ed., Bogotá, Ediciones Reyes Echandía Abogados, 1989.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal, Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Barcelona, Bosch, 2010.
- ROCHA ALVIRA, Antonio, *Conferencias sobre derecho probatorio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1985.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2004.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “SITEL y Principio de Proporcionalidad en la Intervención de Comunicaciones Electrónicas”, *Diario La Ley*, n.º 7689.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.a, 300/2015, de 19 de mayo)”, *Diario La Ley*, n.º 4367, 2015.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Sobre la dimensión privada y familiar del derecho al secreto de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, n.º 7598, 2011.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, La Ley, 2010.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, Bosch, 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- ROQUETA BUJ, Remedios, “El derecho a la intimidad de los trabajadores”. En: *Protección jurídica de la intimidad*, Javier Boix Reig y Ángeles Jareño Leal coords., Madrid, Ed. Iustel, 2012, pp. 405-462.

- ROSALES PARDO, Ignacio Antonio, “Conceptos clave: integración, inteligencia compartida y análisis”. En: *Terrorismo global*, Diego Navarro Bonilla y Miguel Ángel Esteban Navarro coords., Madrid, Plaza y Valdés, 2007, pp. 127-144.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo XXI, 2001.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *Obras, Emilio o de la educación*, 2015.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- ROXIN, Claus, *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- ROXIN, Claus, *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *Protección penal de la intimidad personal e informática (los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los artículos 197 y 198 del Código Penal)*, Barcelona, Atelier, 2004.
- RUEDA, Fernando, *Servicios de Inteligencia: ¿Fuera de la ley?*, Barcelona, Ediciones B, 2006.
- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro, “Nuevo marco jurídico en protección de datos fundamentales”. En: *Derechos humanos y protección de datos personales en el siglo XXI*, Cinta Castillo Jiménez y Álvaro Sánchez Bravo edits., Madrid, Punto Rojo Libros, 2013.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.^a ed., Madrid, Dykinson, 2007.
- SERRANO, Carlos, *La querrela en torno al silogismo 1605 – 1704. Conocimiento vs. forma lógica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Buenos Aires, Ed. IBdeF, 2011.
- TEJERINA RODRÍGUEZ, Ofelia, *Seguridad del Estado y privacidad*, Madrid, Reus, 2014.
- UNODC, *Conclusiones y recomendaciones del grupo informal de expertos en investigaciones conjuntas*, celebrado en Viena, entre el 2 al 4 de septiembre de 2008 (<https://www.unodc.org/documents/treaties/COP2008/crp5.pdf>).
- URBANO CASTRILLO, Eduardo, *El derecho al secreto de las comunicaciones*, Madrid, La Ley, 2011.

- URBANO CASTRILLO, Eduardo, TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita penal, un estudio jurisprudencial*, 4.ª ed., Pamplona, Thomson, 2007.
- VALLÉS CAUSADA, Luis Manuel, *La Policía Judicial en la obtención de inteligencia sobre comunicaciones electrónicas para el proceso penal*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2012.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy, *Delitos cometidos a través de internet: Cuestiones procesales*, Madrid, La Ley, 2010.
- VERVALE, John A. E., “Retos principales planteados por la globalización de la justicia criminal”. En: *Terrorismo de Estado y Derecho*, José Ramón Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo coords., Madrid, Iustel, 2010, pp. 293-360.
- VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, *Corrupción, funcionario público y medio ambiente*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006.
- VILABOY LOIS, Lotario, NOYA FERREIRO, Lourdes, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Santiago de Compostela, Tórculo Artes Gráficas, 2000.
- WOODWARD, Bob, BERNSTEIN, Carl, *The original Watergate stories*, The Washington Post, Washington, 2008.
- ZAPATA GARCÍA, María Francisca, *La prueba ilícita*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- ZÁRATE CASTILLO, Arturo, “Reseña de ‘Teoría de los derechos fundamentales’ de Robert Alexy”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 17, 2007, pp. 365-375.
- ZOCO ZABALA, Cristina, “Delimitación de los derechos fundamentales en la intervención de los teléfonos móviles”. En: *Actas – V Congreso Internacional Latina de Comunicación Social – V CILCS*, Universidad de La Laguna, 2013 (http://www.ull.es/publicaciones/latina/13SLCS/2013_actas/049_Zoco.pdf).
- ZULETA, Estanislao, *Lógica y crítica*, 5.ª ed., Medellín, Hombre Nuevo Editores, 2010.

Anexo I
Listado de resoluciones judiciales usadas

— Tribunal Europeo de Derechos Humanos —

- ATEDH Aldulkadir Corban contra España, de 5 de septiembre de 2006.
- STEDH Castravet contra Moldavia, de 13 de marzo de 2007.
- STEDH Foxley contra Reino Unido, de 20 de junio de 2005.
- STEDH Klass y otros contra Alemania, 6 de septiembre de 1978.
- STEDH Kopp contra Suiza, de 25 de marzo de 1998.
- STEDH Kostovski contra Países Bajos, de 20 de noviembre de 1989.
- STEDH Kruslin y Huvig contra Francia, de 24 de abril de 1990.
- STEDH Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984.
- STEDH Prado Burgallo contra España, de 18 de febrero de 2003.
- STEDH Pruteanu contra Rumania, de 3 de febrero de 2015.
- STEDH S contra Suiza, de 2 de noviembre de 1991.
- STEDH Shönenberger y Durmaz contra Suiza, de 20 de junio de 1988.
- STEDH Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998.
- STEDH Viola contra Italia, de 5 de octubre de 2006.
- STEDH Windisch contra Austria, de 27 de septiembre de 1990.

— Tribunal Constitucional —

ATC 155/1999, de 14 de junio.
ATC 400/2004, de 27 de octubre.
STC 104/2006, de 3 de abril.
STC 106/2001 de 23 de abril.
STC 109/2002, de 6 de mayo.
STC 11/1981, de 8 de abril.
STC 114/1984, de 29 de noviembre.
STC 115/2013, de 9 de mayo.
STC 117/1994, de 25 de abril.
STC 121/1998, de 15 de junio.
STC 123/1997, de 1 de julio.
STC 123/2002, de 20 de mayo.
STC 124/2001 de 4 de junio.
STC 127/2003, de 30 de junio.
STC 128/1988 de 27 de junio.
STC 134/1999, de 15 de julio.
STC 135/2003, de 30 de junio.
STC 136/2006, de 8 de mayo.
STC 14/2001, de 29 de enero.
STC 142/2002, de 2 de julio.
STC 145/2014, de 22 de septiembre.
STC 146/2006, de 8 de mayo.
STC 148/2009, de 15 de junio.
STC 154/2002, de 18 de julio.
STC 166/1999, de 27 de septiembre.
STC 168/2015, de 25 de marzo.
STC 170/1996, de 29 de octubre.
STC 171/1999, de 27 de septiembre.
STC 174/1985, de 17 de diciembre.

STC 175/1997 de 27 de octubre.
STC 18/2015, de 16 de febrero.
STC 181/1995, de 11 de diciembre.
STC 184/2003, de 23 de octubre.
STC 190/1992, de 16 de noviembre.
STC 196/1987, de 11 de diciembre.
STC 197/2009, de 28 de septiembre.
STC 2/1982, de 29 de enero.
STC 200/1997 de 24 de noviembre.
STC 201/1997, de 25 de noviembre.
STC 202/2001, de 15 de octubre.
STC 205/2002, de 11 de noviembre.
STC 205/2005, de 18 de julio.
STC 231/1988, de 2 de diciembre.
STC 24/1997, de 11 de febrero.
STC 25/1981, de 14 de julio.
STC 25/2011, de 14 de marzo.
STC 253/2006, de 11 de septiembre.
STC 254/1993, de 20 de julio.
STC 26/2006, de 30 de enero.
STC 26/2010 de 27 de abril.
STC 281/2006, de 9 de octubre.
STC 292/2000, de 30 de noviembre.
STC 299/2000, de 11 de diciembre.
STC 303/1993, de 25 de octubre.
STC 325/1994, de 12 de diciembre.
STC 34/1996, de 11 de marzo.
STC 37/1989, de 15 de febrero.
STC 382/2015, de 11 de junio.
STC 49/1999, de 5 de abril.

STC 50/2000, de 28 de febrero.
STC 53/1985, de 11 de abril.
STC 54/1996, de 26 de marzo.
STC 70/2002, de 3 de abril.
STC 72/2010, de 18 de octubre.
STC 73/1983, de 30 de julio.
STC 81/1998, de 2 de abril.
STC 85/1994, de 14 de marzo.
STC 86/1995, de 6 de junio.
STC 9/2011, de 28 de febrero.
STC 96/2012, de 7 de mayo.
STC 98/2000 de 10 de abril.

— Tribunal Supremo —

ATS 7/2013, de 17 de enero, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
ATS de 18 de junio de 1992, Ponente Sr. Enrique Ruiz Vadillo.
STS 1 de febrero de 1983.
STS 1/1997 de 28 de octubre, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz.
STS 100/1998, de 2-9 de enero, Ponente Sr. Roberto García-Calvo Montiel
STS 1009/2010, de 10 de noviembre, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de
Luarca.
STS 101/2004, de 2 de febrero, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano.
STS 1017/2001 de 9 de Junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 1017/2001, de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 103/2015, de 24 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.
STS 1041/2012, de 27 de diciembre, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano.
STS 1092/2010, de 9 de diciembre, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de
Luarca.
STS 11 de octubre de 1993, Ponente Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

STS 11 de octubre de 1994, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro.
STS 1114/2009, de 12 de noviembre, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.
STS 1115/2011, de 17 de noviembre, Ponente Sr. Francisco Monverde Ferrer.
STS 112/2012, de 23 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.
STS 1120/2009, de 9 de noviembre, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín.
STS 1142/2005 de 20 de septiembre, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.
STS 1149/1993, de 28 de noviembre, Ponente Sr. José Manuel Martínez Pereda Rodríguez.
STS 1173/1989, de 14 de abril, Ponente Gregorio García Ancos.
STS 1196/2003 de 26 de septiembre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 1212/2011, de 15 de noviembre, Ponente Sr, Francisco Monerver Ferrer.
STS 1215/2009, de 30 de diciembre, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.
STS 1224/1999, de 8 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.
STS 1235/2002, de 27 de julio, Ponente Sr. Diego Ramos Gancedo.
STS 130/2007 de 19 de febrero, Ponente Sr. Perfecto Augusto Andrés Ibáñez.
STS 1319/2009, de 29 de diciembre, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.
STS 132/1997, de 8 de febrero, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid.
STS 1333/2000, de 21 de julio, Ponente Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.
STS 137/1999, de 8 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.
STS 138/2004, de 20 de febrero, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.
STS 138/2015, de 13 de marzo, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar.
STS 1393/2003, de 22 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.
STS 153/2015, de 18 de marzo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.
STS 165/2013, de 26 de marzo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.
STS 1654/1993, de 24 de junio, Ponente Sr. Enrique Ruiz Vadillo.
STS 173/1998, de 10 febrero, Ponente Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.
STS 178/1996, de 1 de marzo, Ponente Sr. José Antonio- Martín Pallín.
STS 1911/2000, de 12 de diciembre, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar.
STS 20 de febrero de 1989, Ponente Sr. Jaime Santos Briz.

STS 202/1998 de 13 de febrero, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz.
STS 2081/2001, de 9 de noviembre, Ponente Sr. José Jiménez Villarejo.
STS 2122/2001 de 14 de mayo, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.
STS 2144/1995, de 1 de marzo de 1996, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.
STS 218/2007, de 5 de marzo, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín.
STS 22/2013, de 24 de enero, Ponente Sr. Joaquín Gimenez García.
STS 224/2004, de 31 de marzo, Ponente Sr. Carlos Granados Pérez.
STS 23 de noviembre de 1994, Ponente Sr. Enrique Ruíz Vadillo.
STS 239/2010, de 24 de marzo, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 248/2012, de 12 de abril, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 25 de junio de 1993, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.
STS 250/2009, de 13 de marzo; Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.
STS 256/2007, de 9 de abril, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 2688/1998 de 4 de junio, Ponente Sr José Augusto de la Vega Ruiz.
STS 28/2003, de 17 de enero, Ponente Sr. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.
STS 29 de enero de 2015, Ponente Sr. Jacobo López Baraja de Quiroga.
STS 29 de marzo de 1990, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.
STS 29 de mayo de 1995, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz.
STS 300/2015, de 19 de mayo, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.
STS 301/2013, de 18 de abril, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 31 de octubre de 1994, Ponente Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.
STS 312/1998, de 5 de marzo, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid.
STS 316/2000, de 3 de marzo, Ponente Sr. Alonso Prego de Tolívar.
STS 320/1998, de 7 de marzo, Ponente Sr. Roberto García-Calvo Montiel.
STS 321/2001, de 26 de abril, Ponente Sr. Luciano Varela Castro.
STS 367/2001, de 22 de marzo, Sr. José Antonio Marín Pallín.
STS 382/2015, de 11 de junio, Ponente Sr. Andrés Palomo del Arco
STS 410/2012, de 17 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 413/2015, de 30 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 423/2015, de 26 de junio, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar.

STS 427/2013, de 10 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 433/1998 de 16 de marzo, Ponente Sr. José Augusto de Vega Ruiz.

STS 441/2010, de 13 de mayo, Ponente Sr. José Ramón Soriano.

STS 45/2014, de 2 de febrero, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.

STS 454/2015, de 10 de julio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 4879/2001 de 9 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

STS 490/2014, 17 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde Pumpido Tourón.

STS 492/2006, de 9 de marzo, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano.

STS 492/2012, de 14 de junio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

STS 5 de octubre de 1990, Ponente Sr. Siro Francisco García Pérez.

STS 506/2013, de 22 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 513/2010, de 2 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 521/2012, de 21 de junio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 53/2003 de 5 de diciembre, Ponente Sr Gonzalo Moliner Tamborero.

STS 531/2006, de 11 de mayo, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

STS 534/2009, de 1 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 550/2010, de 15 junio, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano.

STS 591/2002, de 1 de abril, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.

STS 592/2013, de 11 de junio, Ponente Sr. Luciano Varela Castro.

STS 6 de mayo de 1993, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.

STS 609/1997, de 6 de mayo, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 621/2012 de 26 de junio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 639/2012, de 18 de julio, Ponente Sr. Francisco Monterde Ferrer

STS 647/2010, de 22 de junio. Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 658/2012, de 13 de julio, Ponente Sr. Antonio del Moral García.

STS 661/2013, de 15 de julio, Ponente Sr. Antonio del Moral García.

STS 676/2012, de 26 de julio, Ponente Sr. Julián Sánchez Melgar.

STS 694/2003, de 20 de junio, Ponente Sr. Eduardo Moner Muñoz.
STS 705/2006, de 6 de junio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 712/2012, de 26 de septiembre, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.
STS 717/2013, de 1 de octubre, Ponente Sr. Andrés Martínez Arrieta.
STS 722/2012, de 2 de octubre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 737/2009, de 6 de julio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.
STS 740/2012, de 10 de octubre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 745/2010, de 26 de julio, Ponente Sr. José Antonio Martín Pallín.
STS 751/2002, de 28 de septiembre, Ponente Sr. Manuel Marchena Gómez.
STS 77/2007, de 7 de febrero, Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 7798/2003 de 5 de diciembre, Ponente Sr. Gonzalo Moliner Tamborero.
STS 78/1998, de 22 de enero, Ponente Sr. Ramón Montero Fernández-Cid.
STS 79 de 2012, de 9 de febrero, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
STS 79/2012, de 9 de febrero, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.
STS 792/2007, de 9 de octubre, Ponente Sr. José Ramón Soriano Soriano.
STS 818/2011, de 21 de julio, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 822/2006, de 17 de julio, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS 84/2010, de 18 de febrero, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 849/2013, de 12 de noviembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 855/2013, de 11 de noviembre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 855/2013, de 11 de noviembre, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 855/2013, de 11 de noviembre, Señor Cándido Conde-Pumpido Tourón.
STS 877 de 2014, de 22 de diciembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 877/2014, de 22 de diciembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.
STS 895//2010, de 14 de octubre, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 896/2012, de 21 de noviembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 9 de mayo de 1994, Ponente, Sr. Antonio Martín Pallín.

STS 901/2004, de 24 de septiembre Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez De la Torre.

STS 905/2003, de 18 de junio, Ponente Sr. Joaquín Giménez García.

STS 906/2014, de 25 de noviembre, Ponente Sr. José Manuel Maza Martín.

STS 913/1996, de 25 de noviembre, Ponente Sr. Francisco Soto Nieto.

STS 914/1996 de 20 de diciembre, Ponente Sr. Francisco Soto Nieto.

STS 92/2005, de 31 de enero, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

STS 921/2006 de 26 de septiembre, Ponente Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

STS 921/2009 de 31 de marzo, Ponente Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

STS 929/2005, de 12 junio, Ponente Sr. Luís Román Puerta.

STS 94/2007 de 14 de febrero, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

STS 940/2011, de 27 de septiembre, Ponente Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

STS 960/1999, de 3 de junio, Ponente Sr. José Antonio Marín Pallín.

STS 974/1997, de 4 de julio, Ponente Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

— Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas —

STSJ de Castilla y León CL 1877/2003, de 10 de abril de 2003, ponente Sr. Gabriel Coullaut Ariño.

— Juzgados de lo Penal —

Juzgado de lo Penal de Jaén, Sentencia 194/2015, de 29 de abril.