

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2016/2017

LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICOS:
LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES
TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS.

The intervention of telephonic and telematic
communications.

Realizado por el alumno D. Ángel Rebollo Gutiérrez.
Tutorizado por la Profesora Dña. Eva Isabel Sanjurjo Ríos.

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	4
RESUMEN DEL TRABAJO.....	5
Palabras clave.....	5
ABSTRACT.....	6
Key words.....	6
OBJETO DEL TRABAJO.....	7
METODOLOGÍA UTILIZADA EN LA ELABORACIÓN DEL TRABAJO.	9
1. El derecho al secreto de las comunicaciones.	11
1.1. Protección y fundamento.	11
1.2. Delimitación terminológica.....	13
1.3. Titularidad del derecho.	17
1.4. Suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones.	20
1.4.1. Suspensión colectiva.	21
1.4.2. Suspensión individual.....	22
2. La limitación del derecho al secreto de las comunicaciones durante la fase de investigación del proceso penal: las Intervenciones telefónicas y telemáticas.	25
2.1. Contextualización.....	25
2.2. Disposiciones comunes a los medios de investigación tecnológica.	29
2.2.1. Principios rectores	30
A. Principio de Especialidad.	30
B. Principio de Idoneidad.....	31
C. Principios de Excepcionalidad y Necesidad.....	32
D. Principio de Proporcionalidad.	33
E. Principio de Legalidad.....	36
2.2.2. Jurisdicción y competencia.....	37
2.2.3. Solicitud de la medida de investigación.....	38
2.2.4. La exigencia de autorización judicial.	39
2.2.5. Duración de la medida.....	40
2.3. Disposiciones específicas sobre la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas.....	42

2.3.1. Precisiones terminológicas.....	42
2.3.2. Evolución histórica.....	43
2.3.3. Normativa actual.....	46
2.3.4. Ámbito objetivo.	48
2.3.5. Funciones y objetivos de la intervención.	51
2.3.6 Práctica de la intervención.	52
A. Solicitud de autorización judicial.....	53
B. Importancia del auto por el cual se aprueba la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.	54
C. Duración de la intervención y prórroga.	57
D. El secreto de sumario y el secreto de las actuaciones.....	58
E. La afección a terceros a causa de la práctica de la intervención telefónica y telemática.....	62
F. Aspectos técnicos de las intervenciones telefónicas y telemáticas.	64
2.4. Eficacia probatoria de las intervenciones en las comunicaciones practicadas durante la fase de instrucción.....	65
2.4.1. Características generales de la prueba en el proceso penal.....	67
2.4.2. La prueba preconstituida.	69
2.4.3. La prueba ilícitamente obtenida.	74
A. La prueba ilícita.	76
B. La prueba prohibida.....	77
CONCLUSIONES	82
BIBLIOGRAFÍA.	85
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	91
Sentencias TEDH.....	91
Sentencias TC.....	91
Sentencias TS	92

ABREVIATURAS UTILIZADAS.

CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1951.
FJ	Fundamento Jurídico.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal, Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	LO 6/1985, de 1 de julio, Ley Orgánica del Poder Judicial
Pg.	Página.
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
SITEL	Sistema Integrado de Interceptación Legal de Telecomunicaciones.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

RESUMEN DEL TRABAJO.

Este trabajo versa sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, es decir, cuándo los poderes públicos, en este caso el Poder Judicial, pueden vulnerar nuestro Derecho al Secreto de las Comunicaciones Privadas a fin de evitar o descubrir un quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte del intervenido. La principal dificultad de este tema es la colisión de dos importantes aspectos jurídicos: por un lado la intimidad del individuo y por otro lado la eficacia del propio sistema judicial, ya que de esa intervención podrían resultar importantes pruebas de cara a un proceso penal; el juego de prioridades queda recogido en la Ley y en la jurisprudencia limitándonos en este caso a la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas debido a la imposibilidad de plasmar en un solo trabajo todas las comunicaciones existentes. Por tanto la importancia y el objetivo del tema radica en conocer los límites de nuestro derecho y del poder del Estado para ser realmente conscientes de cómo puede llevarse a cabo una medida que forma parte de una realidad judicial problemática y con determinadas contradicciones.

Palabras clave.

Secreto de las comunicaciones. Derechos Fundamentales. Intervención de las comunicaciones. Investigación. Prueba penal. Prueba preconstituida. Eficacia probatoria. Autorización judicial.

ABSTRACT.

This essay is about the intervention of the communications. In other words, the moment when the public power, in this specifically case, the juridical power, is able to break our right to keep in secret our private conversations with the purpose of finding or avoid a breaking in the legal system by the subject victim of this situation. The principal difficulty of this situation is the collision between two important juridical aspects. In one hand, the intimacy of the subject and in the other hand the efficacy of the juridical system, because in consequence of this intervention we could find important evidences in other to face a criminal proceeding. The game of priority appears in the law and in the jurisprudence building this group of rights that we are talking about in this essay. In this case we only focus in the intervention of the phone calls. Because is imposible to touch all types of existing communications. In conclusion the importance and the target of this essay is knowing the limits of our right and the power of the state to be completely conscious of how we can find a solution being for a problematic juridical reality and plenty of contradictions.

Key words.

Secrecy of communications. Fundamental rights. Communication intervention. Investigation. Criminal evidence. Pre-constituted evidence. Probative effectiveness. Judicial authorization.

OBJETO DEL TRABAJO.

La finalidad del presente trabajo consiste en hacer un estudio y análisis sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, teniendo en cuenta además el cambio de legislación acontecido en 2015 en este tema. Se llevará a cabo a través de los siguientes objetivos:

i- Sintetizar y analizar el régimen constitucional relativo a esta materia, teniendo en cuenta la evolución histórica que haya podido suceder.

ii- Comprender el derecho al secreto de las comunicaciones, el concepto, su extensión concreta y la afectación al mismo por la CE y la Ley.

iii- Entender los límites del Poder Judicial y de los derechos fundamentales del individuo, de modo que se analicen los motivos que justifican el quebrantamiento del derecho al secreto de las comunicaciones.

iv- Conocer los supuestos en los cuales se puede proceder a la suspensión de este derecho en virtud de la CE.

v- Contextualizar la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, de forma que su conocimiento ayude a la comprensión de todos los aspectos que esta abarca.

vi- Analizar los principios necesarios para poder proceder con las medidas de intervención de las comunicaciones en general sin que esta pueda calificarse como contraria a la CE y a la Ley y, de forma general, desarrollar el procedimiento común a todas las medidas de intervención recogidas.

vii- Estudiar la evolución histórica de la injerencia en las comunicaciones telefónicas y telemáticas por parte del Poder Judicial y comprobar los cambios que la legislación ha ido sufriendo desde la llegada de la democracia haciendo hincapié en la última reforma que se realizó sobre la LECrim en 2015.

viii- Ser conscientes del objetivo perseguido con la práctica de la intervención telefónica y los límites que le afectan para no vulnerar de manera ilícita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

ix- Describir el funcionamiento de las intervenciones telefónicas y telemáticas, tanto la forma en la que han de realizarse, como todo el procedimiento legal, desde la solicitud de la medida hasta la finalización y duración de la misma, sin dejar de lado a la autorización judicial pertinente y los conceptos de secreto de sumario y de afectación a terceros.

x- Resumir el concepto de prueba penal y realizar una explicación general de la misma para posteriormente comprender el tipo de prueba que constituyen las intervenciones telefónicas y su uso durante el proceso.

xi- Analizar los conceptos de prueba ilícita y prueba prohibida, de modo que se pueda comprender cómo puede incurrir una diligencia de intervención telefónica en dichos conceptos y las consecuencias que esto tendría para la causa concreta.

Podemos considerar estos once puntos los pilares centrales del trabajo, en base a los cuales se desarrollará el mismo y gracias a los cuales podremos tender una visión mas jurídicamente correcta y válida de las intervenciones telefónicas y telemáticas.

METODOLOGÍA UTILIZADA EN LA ELABORACIÓN DEL TRABAJO.

Para llevar a cabo el siguiente trabajo hemos seguido un proceso que comienza con la selección del tema, con las motivaciones que me han llevado a cabo a tomar la decisión final, y que finaliza con la consulta de múltiples fuentes para tener una completa visión de los apartados aquí tratados. De este modo, haciendo una enumeración de las fases que han tenido lugar durante la redacción del contenido, hemos de organizar la metodología del siguiente modo:

i- Elección del tema. En primer lugar, la elección del Derecho Procesal Penal como el orden del Derecho dentro del cual realizaría el trabajo se debe a la opinión personal de la importancia práctica del Derecho Procesal, a su vez, el interés personal acerca de la intervención de los Poderes Públicos en la vida de los ciudadanos motivó que me decantase por la intervención de las comunicaciones, concretamente las telefónicas y telemáticas pues quizá sea el teléfono el medio de comunicación más extendido y paradigmático de nuestra sociedad.

ii- Elaboración del índice. Una vez concreté el tema sobre el cual versaría el trabajo procedí a delimitar los apartados concretos sobre los que trataría. Para ello previamente tomé determinados manuales y libros como referencia y en base a ellos elaboré un primer índice, que con el paso del tiempo, a medida que avancé en el contenido, modifiqué en alguna ocasión a fin de afinar mejor la materia necesaria para una buena comprensión del tema y el cumplimiento de los objetivos propuestos. De este modo quedó el trabajo dividido en una primera parte en la cual se desarrolla el propio Derecho Fundamental del secreto de las comunicaciones, y una segunda parte en la cual se analiza el procedimiento a seguir para la observancia de las comunicaciones telefónicas y telemáticas. Podríamos afirmar que se trata de una primera parte de aspectos puramente teóricos, mientras que la siguiente parte desarrollaría unos apartados más técnicos.

iii- Fuentes. Para la elaboración del contenido en sí empleé diversas fuentes. En primer lugar las disposiciones legales, principalmente la CE y la LECrim, que son la base de todo cuanto aquí se desarrolla; la jurisprudencia, del TC y del TS en su mayoría, aunque también determinadas sentencias del TEDH, constituye otra parte del trabajo,

sobre todo completando lo aportado en base a monografías y artículos, además de, por supuesto, desarrollar y completar las leyes antes mencionadas; las monografías, artículos, manuales y páginas web de contenido jurídico han completado el desarrollo y, como se podrá apreciar, constituyen la mayor parte del trabajo, pues he ido recopilando y desglosando la información más útil que he encontrado en las fuentes mencionadas y, en numerosas ocasiones, me he servido de estos recursos para completar y ampliar cuanto figuraba en las principales referencias.

iv- Seguimiento por parte de la tutora. Por último lugar, aunque no menos importante, he de mencionar la ayuda brindada por la encargada de tutorizar el trabajo, quien me ha guiado en todo momento, desde orientación a la hora de estructurar el trabajo, hasta meras correcciones en la forma de realizar la redacción del mismo, además de proporcionar material y atención para resolver cualquier tipo de duda que surgiera.

1. El derecho al secreto de las comunicaciones.

1.1. Protección y fundamento.

Este derecho queda recogido en la CE pues en su artículo 18.3 se garantiza 'el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial', y obviamente cabría incluir las telemáticas, tipo que en 1978 aún no existían y actualmente, debido al imparable avance tecnológico, son parte esencial de las comunicaciones en nuestra sociedad.

También está expresamente reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 12 dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques". Asimismo aparece recogido y de forma similar en el artículo 17 del PIDCP¹ así como en el artículo 8 del CEDH², es interesante ver como en este Convenio del año 1979 se enumeran una serie de situaciones en las cuales el Estado podría tener legítimo interés en intervenir las comunicaciones de un particular y da el artículo un abanico tan extenso que prácticamente autoriza la vulneración del secreto cuando cualquier bien general pueda verse perjudicado. Eso sí, corresponderá a cada Estado elaborar su propia Ley y a los Jueces el criterio para ordenar dicha intromisión, por lo que hará falta un cierto grado de intensidad en el peligro antes de ordenar la intervención.³

Queda la protección de este Derecho plasmada también en el Código Penal de 2015 (quedando del mismo modo que en el de 1995) a través del delito de interceptación de correspondencia privada, postal o telegráfica (art. 535) y de las

¹ 'Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación'

² 'Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la Autoridad Pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley, y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás'

³ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La intervención de las comunicaciones*. Pamplona. 1999. Pg.: 21.

telecomunicaciones (art. 536) además del delito de revelación de secretos figurante en el art. 197 y hasta el 201.

Este delito compilado en el art. 197 CP, puede ser realizado tanto por particulares como por los poderes públicos, respecto a el dice el TS que, *“se trata, en definitiva, de un delito que solo admite la forma dolosa, aunque, obviamente, cabe el error de prohibición, vencible o invencible, y en él la consumación se produce en el momento en que la conversación telefónica se interceptó, bien directamente o a través de instrumentos o artificios técnicos de escucha”*⁴.

Este secreto constituye una garantía del derecho a la vida privada del individuo y, en especial, a la intimidad personal que es lo que constituye su núcleo esencial.

Como ha señalado el TC⁵ *“la observación de las comunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de la intimidad personal constitucionalmente reconocida y ha de estar sometida como tal a el principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad”*.

Hay que tener en cuenta que los individuos no tienen por qué compartir con nadie los hechos de su vida privada y por ello no es la Autoridad Pública un ente legitimado para obtener información de cada ciudadano, pues esto no sería propio de un Estado de Derecho donde cada individuo goza de una amplia esfera de libertad que, aunque matizada, podemos disfrutar hoy en día.

Si los Poderes Públicos tuvieran acceso a las comunicaciones privadas de cada persona, el concepto de intimidad del que gozamos hoy en día sería destruido, ya no sólo por la persona encargada de revisar la información (que podría hacer un uso fraudulento de ella), sino porque prácticamente todo cuánto hiciéramos estaría siendo controlado por un ente al servicio de los intereses estatales y políticos. Por ello este Derecho se encuentra protegido por nuestra Carta Magna y por eso se exige legalidad y proporcionalidad para vulnerarlo legalmente; es un Derecho Fundamental de cada personal y, como tal, ha de ser máximamente respetado.

Hemos de tener en todo momento presente que se hayan en constante conflicto entre dos valores de gran importancia en una sociedad democrática y en un Estado de

⁴ STS 694/2003 de 20 de junio de 2003. F.J.: 4º. (RJ 2003/4359).

⁵ STC nº 85/1994 de 14 de marzo de 1994, F.J. 3º. (RTC 1994/85); refrendada esta afirmación por el TEDH, por ejemplo en, STEDH, de 8 de noviembre de 2016. Caso Figueiredo Teixeira contra Andorra. F.J.: 7º. (TEDH 2016/101).

Derecho; por un lado, la necesidad de proteger la seguridad ciudadana y el orden social; por otro, la imprescindible protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente frente a los ya mencionados abusos por parte del poder gubernativo⁶, entendiéndose este como la suma del legislativo y el ejecutivo, resulta la disyuntiva en las sociedades modernas con la intervención del Poder Judicial.

Según ha reiterado el TS, *“la tutela del secreto de las comunicaciones tiene como finalidad principal, aunque no única, la protección de la intimidad y el respeto de la vida privada personal y familiar, que debe quedar excluida del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado, extendiéndose también la protección, superando el contenido estricto de la intimidad a la libertad de comunicación en general, por lo que en el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones es digna de amparo cualquier información transmitida, afecto o no a la esfera íntima personal”*.⁷

Nuestro texto constitucional garantiza el secreto de las comunicaciones como un factor decisivo para proteger el bien supremo de la intimidad de la persona, lo cual forma parte inseparable de su dignidad, que a su vez constituye uno de los elementos configuradores del respeto al orden político y social.⁸

Hay que añadir que este derecho protege también contra las violaciones provenientes de personas particulares y, según el TEDH, generan obligaciones positivas de los poderes públicos para hacer efectiva tal protección. En unos casos puede bastar la acción civil; en otros, se hace necesaria la protección penal.⁹

1.2. Delimitación terminológica.

En su origen, este Derecho se amparaba el secreto de la correspondencia, cuando no existían otros medios de comunicación entre particulares como el teléfono, el fax o,

⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús, Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal, Madrid, 2015, pg.: 167.

⁷ STS 187/1996 de 1 de marzo de 1996. F.J.: 2º. (RJ 1996/1892); en el mismo sentido: STS, de 24 de mayo de 2017. F.J.: 1º. (JUR 2017/187932); STS 271/2017, de 18 de abril de 2017. F.J.: 6º. (RJ 2017/1709).

⁸ RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Barcelona. 2010. Pg.: 25.

⁹ STEDH de 26 de marzo de 1985, Caso X e Y contra Países Bajos. (TEDH 1985/4)

ya más reciente, el correo electrónico, el contenido de este clásico Derecho ha desbordado ampliamente su enunciado. Hoy se extiende a la comunicación telefónica y telegráfica, tal y como se reconoce en la CE; lógicamente hay que entender incluido el fax, el correo electrónico, el chat y cualquier otro medio utilizado para la misma función. Por otra parte, ampara frente a toda intervención y violación de dichas comunicaciones y no sólo al desvelamiento de su mensaje.¹⁰

Por lo tanto podemos afirmar que presenta una doble dimensión. Por un lado, comprende la libertad de comunicación. Es decir, poder comunicar con otros sujetos sin interrupción o suspensión alguna. Por otro lado se incluye el secreto del mensaje, lo que es lo mismo, ningún tercero no autorizado conozca el contenido de la comunicación. Lo que nos hace ver que es un derecho que el legislador se ha preocupado por proteger y que goza por tanto de una amplia protección, pues no sería posible ni siquiera conocer las partes involucradas en un mensaje y, por tanto, pese a poder conocer el contenido del mismo no se podría probar, salvo por los mecanismos legales previstos, quién ha sido el autor del mismo ni tampoco el receptor.

Señala el TC que *“el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de a interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas”*.¹¹

Se configura como una garantía formal que protege en el sentido amplio las comunicaciones. En consecuencia aunque la conversación o el contenido del mensaje sea intrascendente y no afecte en modo alguno a la vida privada de quienes se comunican, la captación de la comunicación constituiría una vulneración de ese derecho que protege la opacidad del mensaje, no sólo el propio contenido, podemos extender esta interpretación a otros elementos de la comunicación como la identidad de los interlocutores o de los terceros que puedan aparecer en el mensaje.

¹⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Los Derechos Fundamentales materiales*, en GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel. *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid. 2007. Pg.: 158.

¹¹ STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984. F.J. 7º. (RTC 1984/114).

Es por ello que el concepto “secreto” tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica del comunicado, sea cual sea el contenido y pertenezca el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado¹².

Para acabar de definir el concepto, hemos de recordar que, como antes fue mencionado, los demás métodos de comunicación no incluidos dentro del art. 18 de la Constitución no se encuentran exentos del alcance de este derecho, que también les afecta tanto a los presentes como a los que en un futuro se puedan desarrollar, punto de vista compartido por entidades como el TC o el TEDH y que garantiza por tanto que el paso del tiempo y la evolución de la tecnología no puedan ser utilizados de mala fe por aquellos que quieran infringir este precepto, dejando este concepto “blindado” frente a posibles injerencias futuras.

No acaba aquí el alcance de la protección, ya que pese a que precisamente se busca proteger frente a los terceros, los partícipes quedarían afectados también por el respeto a la vida privada y a la intimidad de aquel que les transmitió el mensaje, claro está que esto dependerá en mayor o en menor medida del contenido de la mencionada comunicación. Es decir, que si yo he sido destinatario de un mensaje que contiene información sobre la vida privada de aquel que me lo ha hecho llegar, ese mensaje está protegido frente aquellos que quisieran vulnerar nuestro derecho, pero además tendrá protección frente a mí mismo, que podría utilizar esa información para dañar de un modo u otro a mi interlocutor, es por ello que ese derecho puede llegar a alcanzar a las partes del mensaje cuando estas pretendieren hacer un uso fraudulento del mismo.

Remarcaremos que el *bien constitucionalmente protegido* entonces es el derecho de los titulares a la privacidad de una información privada o, lo que es lo mismo, a que ningún tercero pueda intervenir en el proceso de comunicación y conocer la idea, pensamiento o noticia transmitida por el medio.¹³

Hemos de hacer referencia a la distinción que se propone entre este derecho y el derecho a la intimidad, pues aunque ambos son derechos fundamentales sin embargo no deben confundirse. Mientras que la intimidad es un derecho material, el secreto es un

¹² MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La intervención de las comunicaciones*. Pg.: 23.

¹³ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2004. Pg.: 395.

derecho formal, en el que no se trata, como hemos visto, de preservar las comunicaciones íntimas, sino cualquier comunicación, tenga o no carácter íntimo.¹⁴

Es por este carácter formal y la anteriormente citada distinción por lo que tanto se ha de salvaguardar el secreto en los casos en que pueda comprenderse en el ámbito de la intimidad o de la vida privada, como en aquellos en los que la comunicación no toque para nada esa esfera¹⁵. Podemos ver por tanto esa amplitud de cobertura del derecho al secreto de la cual hablábamos, entendiéndose desde, por ejemplo, una carta de un familiar, a la mera propaganda electoral. Para acabar de entender esa sutil distinción podríamos hacer pie en la frase de que toda comunicación es secreta, pero no toda comunicación es íntima¹⁶.

Haciendo hincapié en el término, el secreto de las comunicaciones privadas no constituye un apartado o una especie de derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, dado que mientras la intimidad posee un contenido material que se concreta en un poder de exclusión, el derecho a la privacidad de las comunicaciones abraza una virtualidad rigurosamente formal completamente alejada de que el contenido de la comunicación sea tributario o no de la calificación de íntimo.¹⁷ Es por tanto que podemos considerar al secreto como una situación jurídica en sí misma, sin que pueda considerársele como una manifestación concreta del derecho a la intimidad.¹⁸

En conclusión, como hemos reiterado, este derecho ampara al ciudadano contra todo tipo de intromisiones, por nimias que puedan parecer, en su libre comunicar con los demás; porque el secreto de las comunicaciones, objeto de tutela constitucional específica, presupone la libertad de las mismas.¹⁹

Hemos de reparar en que estamos hablando de la CE, algo que haremos a lo largo de todo el trabajo, ya que es la principal referencia que hemos de emplear a la hora de hablar de la defensa y de la vulneración de un derecho fundamental,

¹⁴ TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal*. Madrid. 1997. Pg.: 207.

¹⁵ MORENO CATENA, Víctor Manuel. *Derecho Procesal, proceso penal*. Madrid. 1993. Pg.: 326.

¹⁶ CÁMARA ARROYO, Sergio. *Secreto de las comunicaciones*, en Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales. Madrid. 2012. Fecha de consulta: 1 de abril.

¹⁷ FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo. *El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*. Poder Judicial. 1993, nº 32, pg.: 20.

¹⁸ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto. *Las escuchas telefónicas: Medio probatorio en el proceso penal*. Actualidad Penal, 1992, nº 32.

¹⁹ MORENO CATENA, Víctor Manuel. *Derecho Procesal...* op.cit..Pg.: 325.

definiremos, desde este momento y a lo largo de todo el trabajo la CE como, la norma fundamental del Estado, que organiza y vertebra la sociedad y la política además de dotar de unidad al ordenamiento jurídico; todos sus artículos, incluso los que contienen principios o valores, enuncian efectivas normas jurídicas y sirven para delimitar el terreno de juego de la convivencia social y política cuyo centro mismo es la persona, y cuya dignidad se erige como el valor central del ordenamiento en general y del derecho procesal penal, en particular.²⁰

De forma aclaratoria, debemos apuntar que únicamente serán las comunicaciones privadas aquellas protegidas, no entrando en el ámbito las que se hicieren, por ejemplo por radio, imprenta o televisión, hacia un número indeterminado de personas. Esto además de por el propio sentido del artículo se entrevé cuando ese tipo de comunicaciones no privadas quedan reguladas en un artículo distinto de la CE, en este caso el artículo 20^{21, 22}.

Para finalizar este apartado, y a modo de resumen sobre el concepto, podemos sintetizar en que por comunicaciones se entienden, además de las mencionadas en la CE, todos aquellos medios de comunicación futuros y que este derecho de secreto se extenderá tanto al contenido como a los interlocutores en el sentido más amplio, que el secreto abarca cualquier comunicación incluidos los interlocutores y que no toda la comunicación tiene que ser íntima, pese a estar todas ellas protegidas por la CE.

1.3. Titularidad del derecho.

En primer lugar hemos de recalcar que la protección de este derecho engloba a todas las personas, indiferentemente si son nacionales o extranjeros y también se hace

²⁰ DE URBANO CASTRILLO. *El marco constitucional de la prueba penal* en, DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal*. Navarra. 2000. Pg.: 27.

²¹ 'Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades....' Como vemos en este artículo se protege la libertad de expresión, incluyendo la libertad de prensa, relacionado pero no incluido en la libertad de las comunicaciones.

²² RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Pg.: 29.

inclusión de las personas jurídicas al ser un derecho que por su naturaleza y alcance puede ser ejercido por las mismas; este criterio de extensión a las personas jurídicas ha sido empleado en ocasiones por el TC²³ al otorgar a entidades jurídicas de Derecho Privado Derechos Fundamentales si, como hemos visto, por su naturaleza pudieran ser ejercidos por las mismas.²⁴

El TS también ha consolidado una doctrina en este sentido según la cual “*son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación, no propiamente de impedimento a las comunicaciones, y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores*”.²⁵

En la misma línea se ha pronunciado el TEDH, que ha extendido este derecho de forma muy implícita a los despachos de abogados al entender que las comunicaciones que estos mantienen se encuentran especialmente ligadas a la esfera privada de los individuos y se encontrarían incluidas en los conceptos de “vida privada” y de “correspondencia”.²⁶

Merecen también especial mención los reclusos de un centro penitenciario, quienes también son titulares tanto de este derecho como de cualquier otro derecho fundamental que no sea expresamente limitado por la Sentencia o por las condiciones en las que se encontrarán en el centro penitenciario. Podemos decir, sin aventurarnos demasiado en este ámbito, que el derecho al secreto de las comunicaciones, por lo general, no se puede ver limitado durante el cumplimiento de la pena de privación de libertad. Sin embargo, según el art. 25.2 CE “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así*

²³ STC 137/1985 de 17 de octubre. F.J.: 1 y 2º. (RTC 1985/137)-

²⁴ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *Doctrina Jurisprudencial de la intervención de las comunicaciones*. Pg.: 24.

²⁵ STS 711/1996 de 19 de octubre de 1996. F.J.: 1º. (RJ 1996/7834)

²⁶ STEDH Caso Kopp contra Suiza, de 25 de marzo de 1998. F.J.: 1º pff. 50. (TEDH 1998/9)

como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”; lo que quiere decir que por el contenido de la pena o por la legislación penitenciaria podría este derecho verse limitado. Como hemos dicho anteriormente, no vamos a profundizar mucho en este supuesto, pero sí se debe saber que en supuestos excepcionales y motivados, previa autorización judicial, el Director del centro puede ordenar la intervención de las comunicaciones de un reo.

Como hemos mencionado con anterioridad, y base para comprender todo cuanto desarrollaremos en este trabajo, este derecho tiene sus límites, exactamente igual que cualquier otro. Aunque los derechos fundamentales se encuentran muy protegidos y su limitación se realiza de un modo muy restrictivo, hemos de saber que nadie goza de ningún derecho de un modo absoluto e ilimitado. Los derechos de los demás individuos, su libertad, o el interés general del Estado pueden constituir auténticos y justos límites a cualquier derecho que tengamos.

En este caso, el art. 18.2 CE se encuentra limitado por sí mismo²⁷ *“se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”*, de tal forma que podrá ser suspendido en caso de autorización judicial. Es interesante el hecho de que el legislador en la redacción del artículo incluyera la manera de vulnerarlo, y además que la Carta Magna deje a los Jueces y demás legisladores la fórmula para limitar este derecho. La interpretación que hago de esto es que evidentemente el interés general del Estado y el bien común están por encima de ese derecho al secreto del que disponemos y que así lo hace saber el legislador, pues no considera que la intimidad y la libertad de comunicación sean superiores a estos conceptos anteriormente citados. De todos modos, como veremos más adelante la Ley y la jurisprudencia han interpretado, en mi opinión correctamente, esta parte del artículo al acotar y restringir los supuestos y circunstancias en los cuales se intervendrían nuestras comunicaciones.

De este párrafo se extrae otra interesante conclusión si se compara con el anterior apartado del art. 18, es así que cuando habla de inviolabilidad domiciliaria menciona el consentimiento del titular además de la resolución judicial. Que el art.18.2 no mencione el consentimiento del titular puede deberse o que se protege aún más el derecho al ser necesaria únicamente resolución judicial como autorización para poder

²⁷ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La intervención de las comunicaciones*. Pg.: 26.

llevar a cabo una vulneración, y por tanto ni con el consentimiento del titular sería legal, o bien que el legislador ya previó que una persona que sabe que sus comunicaciones ya no son secretas no va a utilizarlas de la misma manera que si no lo son, y por lo tanto cualquier objetivo que tuviera una intervención sobre sus comunicaciones y el quebrantamiento de este derecho quedaría desvirtuado y obsoleto.

Como hemos visto, es la propia Constitución la que nos da pie a la limitación de este derecho, en el mismo artículo donde se promulga se limita, pero no es el único artículo que habla de suspensión de derechos, veremos a continuación, y para finalizar el apartado relativo a este derecho, los supuestos de suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones.

1.4. Suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones.

La CE permite la suspensión de derechos en determinados supuestos muy específicos, esto es a causa de la intencionalidad de nuestra Carta no solo de ser, sino también, de mantenerse y asegurar su existencia²⁸.

Es por tanto que en el propio texto donde se promulgan los derechos de los españoles nos encontramos los mecanismos necesarios que, en ocasiones, y con vistas a preservar el Orden Constitucional y el Estado Español permiten la suspensión de garantías y derechos fundamentales durante un determinado periodo de tiempo y bajo unos supuestos concretos. Esto es lo que se conoce con el nombre de Estados de Excepción, con diversas modalidades, sobre las cuales hay que resaltar que el Parlamento tiene un estrecho control. No es ni mucho menos un tipo de Estado en el cual se abole la Carta Magna, sino que se modifican los aspectos de la misma que el legislador consideró oportuno y por ello enumeró y tasó.

En este sentido, encontramos en el Capítulo Quinto (“*De la Suspensión de los Derechos y Libertades*”) el artículo 55, el cual dicta en su apartado primero que “*los derechos recogidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados*

²⁸ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid. 1984. Pg.: 13.

*1 a) y d) y 5, artículos 21, 28 apartado 2, y artículo 37, apartado 2,²⁹ podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración del estado de excepción”.*³⁰

La CE deja en manos del Poder Legislativo el futuro desarrollo de estas disposiciones y así existe la LO 4/1981, donde se regula la forma en la que el Poder Judicial y el Poder Legislativo pueden suspender el derecho a la libertad de los individuos, llevando a cabo detenciones que de otro modo podríamos considerar ilegales.

1.4.1. Suspensión colectiva.

Después de una visión general de estos estados excepcionales, centrémonos en el derecho del cual venimos hablando, el del Secreto de las Comunicaciones. Como ya hemos visto, el art. 55.1 CE dispone que este puede ser suspendido en los casos recogidos por la Constitución y por su parte, el art. 116 CE hace referencia al necesario desarrollo legal *“una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”*; en este sentido la anteriormente mencionada LO 4/1981 se refiere a la suspensión de este derecho permitiendo que la autoridad (militar o gubernativa dependiendo del estado decretado) intervenga toda clase de comunicaciones, incluyendo las postales, telegráficas y telefónicas si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público, estableciendo después de ello un control judicial, esto es, *“a posteriori”*.

Es por ello que en tanto sea decretado uno de los estados de excepción el ente que ostente la Autoridad, con el objetivo de restablecer el Orden Público, gozaría de un gran poder sobre los ciudadanos, que solo podría ser en este caso controlado por el Parlamento, o por las fuerzas de seguridad una vez que finalizara el estado de excepción.

²⁹ Estos derechos en suspensión son, el Derecho a la Libertad y Seguridad Personales, Derecho a la Inviolabilidad del Domicilio, Derecho al Secreto de las Comunicaciones, Derecho a la Libertad de Circulación y Residencia, Derecho a la Libertad de Expresión y Creación y Producción Artística, Derechos de Reunión y Manifestación y Derechos de Huelga y Medidas de Conflicto Colectivo.

³⁰ Estados de Alarma, Excepción y Sitio, regulados en Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, De los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, art.117.

Hemos de remarcar el hecho de que todo lo anteriormente expuesto, ha de tenerse en cuenta que la intervención de las comunicaciones no puede ser acordada genéricamente para un número indeterminado de personas, si no que cada supuesto necesitará una orden determinada³¹. No es lo mismo que se suspenda el derecho al secreto y que, por tanto, no sea necesaria la previa autorización judicial para intervenir las comunicaciones, a que, una vez suspendido el derecho, antes de proceder al hecho en sí, se requiera una autorización de la Autoridad pertinente.

Hemos de tener siempre presente que hablamos exclusivamente de las comunicaciones privadas, quedando fuera del ámbito aquellas que se efectúan por medio de la radio, la imprenta, televisión o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento a un número indeterminado de personas. Esto puede deducirse al observar que las comunicaciones incluidas en el art. 18 CE tiene que ver con las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad, y que las otras comunicaciones no privadas, y los derechos fundamentales relativos a las mismas aparecen específicamente recogidos en el art. 20 CE^{32, 33}.

1.4.2. Suspensión individual

Por otro lado está la suspensión estrictamente individual, esto es que, a diferencia de lo anteriormente hablado donde la colectividad estaba afectada y cualquiera podría ser objeto de interceptación en sus comunicaciones, en este caso dicha vulneración del secreto recae sobre un sujeto único, está ello regulado en el apartado dos del art. 55 CE según el cual *“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 artículos 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”*.

³¹ CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Pg.: 99.

³² Hace referencia a otro tipo de libertades públicas tales como la Libertad de Cátedra, de Expresión, Creación Literaria y Difusión de Información, quedando evidente y claramente separado en todo momento de libertades que podríamos considerar más bien privadas.

³³ DE LLERA SUÁREZ- BÁRCENA, Emilio. *“El Régimen Jurídico Ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal”*. Poder Judicial. 1986, nº 3. Pgs.: 9-24.

Hemos de mencionar que en este caso no es necesaria la declaración de ningún tipo de estado de excepción y corresponde exclusivamente su autorización al Poder Judicial, en este sentido dice el TC, *“toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas... precisa una habilitación legal³⁴”*.

Este precepto ha sido desarrollado por la LO 4/1988, de 25 de mayo, que fue recientemente reformada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, el cual desarrolla los casos en los cuales de manera individual se puede proceder a la observación de las comunicaciones privadas de un individuo en su artículo 579 LECrim, su primer apartado reza así, *“el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos:*

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3.º Delitos de terrorismo.

2. El juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses, la observación de las comunicaciones postales y telegráficas del investigado, así como de las comunicaciones de las que se sirva para la realización de sus fines delictivos”.

Éste es un caso distinto pues se trata de intervenir las comunicaciones de un sujeto concreto, y que además estaría bajo la supervisión del Juez nada más que se hubiera ordenado la medida, no como en el caso anterior de los estados de excepción, en los que el control sería a posteriori, es mucho más seguro que el control se realice a comenzar la actividad, pues el daño que se podría provocar a un derecho fundamental podría evitarse aplicando este filtro que supone la autorización judicial. Es además destacable que solo sean figuras como el Ministro del Interior quienes pueden ordenar la medida, puesto que se prescinde del Parlamento para autorizarlo o proponerlo,

³⁴ STC 49/1999 del 5 de abril de 1999, F.J. 4º. (RTC 1999/49); en el mismo sentido, STC 145/2014, de 22 de septiembre de 2014. F.J.: 7º. (RTC 2014/145).

posiblemente porque en este caso el Orden Público no se ve tan directamente o gravemente amenazado como en el otro supuesto y no se entiende entonces que el Poder Político tenga que hacerse cargo de la decisión de suspender las garantías constitucionales hacia una sola persona, por no mencionar también que quizá pudiera utilizarse esa competencia en detracción de un personaje que al Parlamento le interese controlar por puro interés político, siendo el Poder Ejecutivo el competente para proponer la medida y el Poder Judicial quien debe aprobarla parece quedar mejor protegido nuestro Derecho al Secreto.

Será este último caso sobre el cual girará la exposición de la intervención de las comunicaciones en este trabajo, dejando a un lado el supuesto de intervención sistemática en un estado de excepción, centrándonos además en el supuesto concreto de las intervenciones telefónicas.

Hemos de tener en cuenta siempre el criterio de proporcionalidad que se exige al Poder Judicial para poder llegar a tomar una medida como esta, siempre que una medida vaya a lesionar un derecho fundamental habremos de tenerlo presente. Esta proporcionalidad ha de respetar dos presupuestos, el de legalidad, esto es que la medida esta previamente recogida en la ley, orgánica además según el art 81.1 CE.³⁵ y el supuesto de justificación teleológica, es decir, que responda a un fin constitucionalmente legítimo y socialmente relevante.

Exige además tres requisitos, la idoneidad, esto es que la restricción debe de ser adecuada a la finalidad que se presente; necesidad, que ha de resultar lo menos gravosa posible, y, proporcionalidad en el sentido estricto, es decir, que su adopción sea el resultado de una correcta ponderación de los valores en conflicto.³⁶

Finalizaremos este apartado añadiendo acerca de la proporcionalidad que opera en una doble dimensión, por un lado, debe ser tenido en cuenta por el legislador a la hora de configurar la regulación de cualquier actuación que afecte a un derecho fundamental. Pero además es un referente a la hora de poner límite a los Tribunales en la aplicación de una de estas medidas puesto que tendrán que respetar ese principio en su actuación.

³⁵ Dicta dicho artículo: *Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.* Gozan de un nivel de protección superior.

³⁶ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal.* Pg.: 168.

2. La limitación del derecho al secreto de las comunicaciones durante la fase de investigación del proceso penal: las Intervenciones telefónicas y telemáticas.

Las intervenciones de las comunicaciones son una diligencia de investigación de la fase de instrucción en un proceso penal. Como actos de investigación que son, las intervenciones tienen como objetivo principal la averiguación de delitos. A pesar de eso, debe tenerse en cuenta que la búsqueda de la verdad no puede hacerse a cualquier coste, sino que deben respetarse, en todo momento, los derechos fundamentales reconocidos en la CE y los textos internacionales de protección de derechos humanos, tal y como ya hemos expuesto en los primeros capítulos de este trabajo.

En el presente capítulo vamos a hacer una visión general de lo regulado en la LECrim tras la última reforma sucedida en 2015 que afecta directamente a la regulación sobre el tema que nos compete: la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Entraremos también a observar cómo ha cambiado la legislación y, de modo genérico, los requisitos que deben cumplirse antes de proceder a la observación de las comunicaciones, centrándonos particularmente en las telefónicas y telemáticas.

2.1. Contextualización.

En primer lugar, procede aludir a la definición de intervención en las comunicaciones, ya que aún no hemos dado una definición como tal de esto, y es que se trata de un acto de captación en tiempo real del contenido de comunicaciones tanto telefónicas, por vía de correo electrónico, por vía internet o cualquier otro tipo de medio de comunicación.³⁷

³⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, “Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia: «Las reformas del proceso penal», Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2186, febrero 2016. Pg.: 29.

El artículo 18.3 de la CE reconoce y garantiza el secreto de las comunicaciones telefónicas, que, como ya hemos visto, solo se puede quebrantar mediante resolución judicial. Sin embargo, a pesar de tratarse de un ámbito tan sensible, ya que afecta a un derecho fundamental, la intromisión judicial en el mismo ha permanecido clamorosamente desregulada hasta la reciente reforma operada en la LECrim por la LO 13/2015, de 5 de octubre, a partir de la cual se dedica a esta medida de suspensión del secreto de las comunicaciones telefónicas y telemáticas los artículos 588 ter apartado a) al 588 ter apartado m), además de resultar de proyección sobre ella las disposiciones comunes ya reguladas en los artículos 588 bis apartado a) al 588 bis apartado k) de la LECrim.

La reforma ha introducido, como hemos visto, varios capítulos en el Título VIII del Libro II, reguladores de una serie de novedosas “medidas de investigación tecnológica”, dirigidas a combatir las nuevas formas de criminalidad que emplean para sus fines delictivos toda clase de aparatos y dispositivos electrónicos, informáticos y telemáticos³⁸. Es por ello que como más adelante se dice era una reforma muy necesaria y tardía, debido a que la tecnología ha evolucionado mucho antes que la Ley, haciendo necesarias diversas interpretaciones de la anterior redacción para suplir las carencias que se presentaban en cuanto a los nuevos dispositivos se refiere.

Ese vacío regulatorio mantenido hasta la indicada reforma había venido supliéndose a través de las elaboraciones producidas por la doctrina constitucional en tutela del derecho fundamental afectado, como complemento de la jurisprudencia del TEDH en desarrollo del mismo derecho reconocido en el artículo 8 del CEDH y las exigencias formales de su invasión. Precisamente esta jurisprudencia constitucional ha sido el referente tomado por el legislador para desarrollar normativamente la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.³⁹

Seguidamente haremos, de forma breve, una explicación de las nuevas diligencias de investigación incorporadas por la reforma legal, que como vemos se corresponden con la evolución de la tecnología y la necesidad de las leyes de adaptarse a los tiempos que corren, en los cuales los delitos también evolucionan de la mano del cambio.

³⁸ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 194.

³⁹ vLex España. <https://practico-penal.es/vid/intervenciones-telefonicas-391379966> Consulta 20 de abril de 2017.

En primer lugar, el uso de dispositivos técnicos de seguimiento y localización, permiten situar a una persona en el espacio pero no reproducen imagen ni sonido, únicamente aportan conocimiento sobre la ubicación de la persona objeto de la investigación. No centrándonos más en esta medida conviene explicar que sustituyen con esto las labores que anteriormente desempeñaban funcionarios de la policía consistentes en la realización de vigilancias físicas personalizadas y presenciales que requerían entre otras cosas grandes cantidades de efectivos policiales⁴⁰.

A continuación se regula la captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos, regula este aspecto ya que antes el uso de cámaras ocultas no estaba vedado pero tampoco regulado, destaca la ausencia de autorización judicial previa ya que considerando que se realiza en un espacio público no afecta de igual manera al concepto de privacidad y se considera ajeno a ese tipo de protección.

En penúltimo lugar la reforma aborda también la investigación de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo, se trata de una medida consistente en el acceso a la información contenida en ordenadores, pen- drives, móviles, discos duros y resto de dispositivo análogos. Se exige una autorización para su intervención, incluso en el caso de estar actuando bajo una autorización de registro domiciliario y hallar los dispositivos, se requeriría una autorización a parte para poder acceder a ellos.

Y para finalizar la inclusión de nuevas diligencias de investigación incluimos el registro remoto de equipos informáticos, medida destinada principalmente a la persecución del crimen organizado. Merece la pena hacer mención a la persecución del terrorismo yihadista, puesto que Internet ha pasado a ser una especie de campo de reclutamiento virtual de los integrantes del mismo, en el que se procede a su reclutamiento, adoctrinamiento y formación, así como una fuente de financiación.⁴¹ Se permite por tanto el envío de programas maliciosos para recopilar información y datos.

⁴⁰ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. “*Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica*”, Diario La Ley, Nº 8183 4 Nov. 2013. Pg.: 18.

⁴¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, “*Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia: «Las reformas del proceso penal», Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2186, febrero 2016. Pg.: 45.

Podemos decir que se han añadido nuevas diligencias capaces de cubrir un amplio espacio en cuanto a investigación se refiere, hasta el punto que los individuos podemos llegar a ver amenazada nuestra privacidad e intimidad de una manera legal, pues si el Poder Judicial relajara los criterios y la jurisprudencia se volviera más flexible a la hora de observar las comunicaciones de un individuo sería más difícil proteger las comunicaciones privadas y supondría un retroceso en las libertades individuales. Es por ello que para tratar de salvaguardar nuestra privacidad se han habilitado una amplia gama de medios legales, dejando en manos de la Ley, y no de criterios personales, la injerencia en las comunicaciones privadas de los ciudadanos. Personalmente me gustaría destacar la regulación de la captación de datos de forma remota con el envío de programas maliciosos, o como son más ordinariamente conocidos, virus, a equipos informáticos para recopilar los datos que estos alberguen, si la finalidad es la captación de determinados delitos y la seguridad nacional no podemos dudar que es algo que nos beneficia a todos, pero si estas herramientas cayeran en las manos equivocadas los ciudadanos podríamos ver gravemente afectados los derechos a los que anteriormente hacíamos mención.

Por último y para cerrar el apartado hemos de mencionar, aunque sea de manera anecdótica, que se ha adaptado el lenguaje empleado en la LECrim. a los tiempos actuales, eliminando ciertos términos o expresiones que carecían de rigor conceptual. Viene de esta adaptación el uso, ya no tan reciente, de los términos investigado y encausado⁴².

Acabamos con esto de hacer un resumen general sobre el concepto de intervención de las comunicaciones, y, a la luz de la LO 13/2015, los requisitos que implica y las novedades que se han introducido. A continuación analizaremos el procedimiento que hay que seguir, aunque dependiendo del caso se seguirán unas u otras pautas.

⁴² GIMENO BREVIÁ, Jordi. *Principales novedades de la reforma de la LECrim 2015. Dossier reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. 2015. Aranzadi. Pg.: 16.

2.2. Disposiciones comunes a los medios de investigación tecnológica.

El capítulo legal dedicado a regular las llamadas medidas de investigación tecnológica, comienza con una parte general, que vienen siendo las disposiciones comunes, con contenido legal aplicable a cada concreta medida, donde recoge los principios rectores de este asunto, que podemos resumir en la común necesidad de autorización judicial, su carácter secreto, duración, prórrogas, control judicial, cese y destrucción de lo que se registre, además de la afección de las mismas a terceros o su cesión para uso en otras investigaciones diferentes.

El uso en la investigación penal de medidas tecnológicas, al afectar a derechos tan sensibles vinculados a la privacidad, que pueden afectar tan masivamente a tan gran número de ciudadanos, hace que la investigación penal refuerce su carácter público, obligando a que en la mayor parte de los supuestos sea preceptiva la autorización judicial, bajo pena de nulidad procesal (art. 11 .1 LOPJ) y a veces presupuesto del delito penado en el art. 197 CP⁴³.

Una de las consecuencias que se deducen de esta reforma es que se pone de manifiesto el carácter público del Derecho Procesal al entender que el uso de las tecnologías en la investigación procesal penal, excluye las investigaciones de detectives y particulares, y se da, por un lado, en el hecho de que solo están legitimadas directamente por Juez y, por otro, en que las empresas y aun los particulares que las permiten e intermedian, tienen la obligación específica de prestarles la colaboración técnica que sea necesaria para su ejecución, bajo apercibimiento legal de incurrir si no lo hacen, en delito de desobediencia y de mantener reserva y silencio sobre lo que saben, hasta que cesen.⁴⁴ Añadir que por la propia naturaleza de las escuchas, ya que éstas han de ser realizadas a espaldas del investigado, se documentan las observancias de las comunicaciones en pieza secreta y separada sin necesidad de una declaración expresa al respecto.

⁴³ '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...' Como vemos las comunicaciones se hayan protegidas hasta el punto de recoger el Código Penal un castigo previsto para quien acceda a ellas de forma ilícita.

⁴⁴ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Investigación tecnológica de delitos: Disposiciones comunes e interceptaciones telefónicas y telemáticas*. 2016. Pg.: 2.

2.2.1. Principios rectores

Entrando en materia, la letra a) del art. 588 bis LECrim. recoge los que denomina “principios rectores” de la adopción de medidas, que aunque es estipulado para intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas es ampliable al resto de intervenciones, pudiendo englobarlo dentro de los principios generales, que no son sino los presupuestos y requisitos propios del principio de proporcionalidad.

Por tanto procederemos a enumerar dichos principios y entrar a analizar los principios inherentes a este tipo de medidas, los cuales resultan de vital importancia para la comprensión del procedimiento a seguir si se quieren observar las comunicaciones privadas de un individuo e inexcusable su apreciación a la hora de adoptar dicha medida.

A. Principio de Especialidad.

El art 588 bis a 2) LECrim recuerda que la medida autorizada, debe acordarse para la investigación de un delito concreto ya conocido y evitar por tanto su uso para prevenir o descubrir otros posibles, con lo que se proscriben las búsquedas prospectivas de delitos⁴⁵, este aspecto enlaza directamente con la especial protección que reviste a los derechos fundamentales ya que el derecho al secreto no puede ser vulnerado a la ligera, ni siquiera con la autorización del Juez pertinente. Si el Estado se dedicara a buscar delitos de un modo preventivo, ¿dónde se impondría el límite? El secreto de las comunicaciones dejaría de ser un derecho fundamental y quedaría reducido a un mero principio rector para los poderes públicos.

La investigación tecnológica se configura, en consecuencia, como un medio para esclarecer aspectos facticos sobre el hecho investigado, determinación de su autoría, participación, entre los que se incluye la averiguación del paradero de sus partícipes, iter criminal, modus operandi y aspectos probatorios, entre los que destaca la localización

⁴⁵ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 194.

de los efectos del delito, etc., pero nunca como un medio exclusivamente de prevención delictiva. Es por tanto imprescindible que se cuente, al usar la medida con una base objetiva, algún tipo de ligazón con la actividad delictiva del investigado, descartando las meras sospechas basadas en corazonadas o elementos meramente ideados.⁴⁶

Viene a imponer la prohibición de intervenciones prospectivas mediante las cuales los poderes públicos se inmiscuyen en la intimidad del sospechoso con el exclusivo objetivo de indagar qué es lo que encuentran,⁴⁷ requiriendo una relación con la investigación de un delito concreto cuyos elementos ya se dibujan, al menos, en el plano indiciario. Según el TS, *“no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adicción o suma de otras peculiaridades penales”*⁴⁸.

B. Principio de Idoneidad.

Este principio presume una fácil síntesis, significa que la medida ordenada por el Juez ha de tener la utilidad necesaria para alcanzar el objetivo previsto. A modo de ejemplo, si lo que se pretende es interceptar unas facturas de luz que le llegan vía postal al investigado, resultaría inútil, y además contrario a la Ley, ordenar la intervención del teléfono privado del investigado, pues no se conseguiría lo deseado con la medida, sería lo correcto en este caso ordenar la observación de las comunicaciones postales que el individuo reciba.

No se debe por tanto permitir tomar esta medida, y por tanto quebrantar los derechos del interesado, cuando vayan a resultar de ella resultados estériles que no aporten en absoluto ningún fruto a la investigación pertinente.

⁴⁶ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Investigación tecnológica de delitos... op. Cit.* . Pg.: 4.

⁴⁷ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Pg.: 213.

⁴⁸ STS 393/2012, de 29 de mayo de 2012. F.J.: 2º. (RJ 2012/6565)

C. Principios de Excepcionalidad y Necesidad.

La antes vista idoneidad de una injerencia presupone ya de por sí su excepcionalidad y su necesidad. Hablamos de que han de resultar absolutamente necesarias para la investigación y no han de poder ser sustituidas por otras menos gravosas.⁴⁹ El Juez debe descartar autorizar medidas restrictivas de investigación tecnológica cuando le consten otras vías menos lesivas para los derechos del investigado que, con la misma eficacia y parecida o incluso menor dificultad, lleven a dar parecida información sobre el extremo o los extremos que se pretendan averiguar, el objetivo de este principio radica, valga la redundancia, en la mayor protección posible del derecho al secreto, ya que constituye un derecho fundamental protegido expresamente por la CE y cualquier quebrantamiento del mismo, a pesar de estar tasado, ha de realizarse de la manera más respetuosa posible.

Según el propio art. 588 bis.a 4º, en atención a estos dos principios, solo podrá acordarse la medida cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos 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. Vemos como por un lado exige que no haya posibilidad de emplear otra medida que no cause una lesión tan significativa en los derechos del sospechoso, y por otro lado deja a interpretación de la autoridad judicial el hecho de que sin esa medida vaya a ser realmente difícil la obtención de resultados satisfactorios.

Se trata en resumidas cuentas de una diligencia de investigación “*a la que solo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si estos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la actuación*” palabras del TS⁵⁰, que viene a decir

⁴⁹ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 194.

⁵⁰ STS 844/2002, de 13 de mayo de 2002. F.J.: 2º. (RJ 2002/6711); en el mismo sentido, STS 395/2014, de 13 de mayo de 2014. F.J.: 2º. (RJ 2014/2961); refrendando estos principios también, STS

en la última expresión que de no responder a estos criterios acabaría la medida siendo tumbada por el principio de proporcionalidad, del cual hablaremos a continuación.

D. Principio de Proporcionalidad.

Según el cual y siempre en función de las concretas circunstancias del caso, el Juez debe ponderar en una hipotética balanza si el sacrificio del derecho es superior al beneficio que para la sociedad, y el interés público, va a suponer, en su caso, resolver lo investigado.

Se trata de evitar imponer excesos absurdos o arbitrarios hasta el capricho, de impedir resolver delitos a costa de limitaciones de derechos fundamentales no tolerables en una Democracia, en definitiva de “matar moscas a cañonazos”.⁵¹

Conviene aclarar que esta principio no solo protege a los investigados ya que las medidas tomadas pueden afectar también a terceras personas no vinculadas al delito ni al proceso, por lo que habrá que justificar en este caso con mayor detalle la proporcionalidad requerida.

Es un criterio común a la hora de llevar a cabo medidas que limiten derechos fundamentales de los administrados, así el TC dice que *“todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone, y en todo caso respetar su contenido esencial si aquel derecho aún puede ejercerse”*⁵², también se manifiesta en el mismo sentido el TEDH, cuando afirma que *“una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con la estricta observancia del principio de proporcionalidad”*⁵³, la existencia de pronunciamientos, pues estos son solo dos ejemplos, resaltando la importancia de la proporcionalidad en estas medidas que restringen libertades y derechos fundamentales

204/2016, de 10 de marzo de 2016. F.J.: 7º. (RJ 2016/1114) y STS 279/2017, de 19 de abril de 2017. F.J.: 2º. (RJ 2017/2675).

⁵¹ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Investigación tecnológica de delitos... op. Cit.* . Pg.: 5.

⁵² STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011. F.J.: 4º. (RTC 2011/37)

⁵³ STEDH Caso Klass y otros contra Alemania de 6 de septiembre de 1978. F.J.: 2º. STEDH 1978/1

hacen que ver que es un principio de capital importancia sobre el cual los Jueces y Tribunales deben argumentar y motivar razonadamente sus decisiones.

Quizá el criterio de proporcionalidad sea el más difícil de cuantificar, pues acaba siendo inevitable caer en una percepción más subjetiva por parte del Juez, no solo por el propio juicio que el mismo puede tener sobre el asunto en cuestión, sino porque no se puede ponderar del mismo modo los delitos cometidos por instrumentos informáticos y otros medios de las tecnologías de comunicación ya que no sólo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena si no su trascendencia y repercusión social⁵⁴, lo que nos hace ver que el Juez habrá de ponderar este mayor riesgo para el Orden Público a la hora de tomar la decisión.

En el mismo sentido de matización, o ampliación según como se mire, de este criterio de proporcionalidad se pronuncia el TC, *“en definitiva, en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución”*⁵⁵.

El propio párrafo 5 in fine del art. 588 bis.a LECrim, define como criterios en la ponderación:

- la gravedad del hecho, es decir que revista el peligro suficiente como para motivar dicha intervención.

- su trascendencia social, entendiendo este concepto como la importancia que vaya a revestir para la sociedad y las consecuencias que se puedan extraer, tanto del hecho en cuestión, como de la propia intervención, ya que la vulneración de derechos fundamentales, aunque sea realizada por el Estado puede acarrear indeseadas consecuencias para los ciudadanos.

- el ámbito tecnológico mismo en que se haya producido.

- la intensidad de los indicios que se tenga, alusión aquí a la prohibición de realizar dicha intervención únicamente basándose en conjeturas o especulaciones, será

⁵⁴ GUIARD ABASCAL, María Dolores. *La reforma procesal, novedades en la interceptación de las comunicaciones*. Guadalajara. 2016. Pg.: 5.

⁵⁵ STC nº 104/2006 del 3 de abril de 2006, F.J. 4º. (RTC 2006/104).

por tanto necesario tener unos fuertes y contrastados indicios de delito para poder proceder con la medida en cuestión.

- la relevancia del resultado que se persiga con la adopción de la medida, este último criterio pone de manifiesto que, si con la intervención de las comunicaciones no se va a obtener, o mejor dicho, no se cree que se vaya a obtener, unos resultados que aporten importantes conclusiones de cara a la investigación, no se deberá proceder con semejante medida.

Tomando en consideración estos criterios y a la propia doctrina constitucional, ha de concluirse que el principio esencial del que se parte es que la resolución judicial debe explicitar los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pero obviamente la atribución constitucional de esta competencia a un órgano jurisdiccional implica un ámbito de valoración que no es meramente burocrático o mecanicista, sino de adaptación en cada caso del referido principio a las circunstancias concurrentes por parte del Juez a quien constitucionalmente se asigna la competencia.⁵⁶

Decíamos que se encontraba este criterio presente a la hora de valorar las consecuencias del recorte de cualquier derecho, en este en concreto, el derecho al secreto de las comunicaciones hemos de tenerlo doblemente presente ya que cualquier inobservancia de estos principios puede derivar en un desastre total dentro del procedimiento que impediría la acción de la justicia, como veremos en el apartado correspondiente a la prueba; no obstante se ha de aclarar que este derecho presenta los mismos límites que puede tener cualquier otro, es decir, que está protegido como un derecho fundamental y, como tal, no se encuentra en un escalafón superior ni inferior dentro de una virtual escala de derechos; de esta manera, cabe decir que el derecho al secreto de las comunicaciones es igual a los demás, siendo así que en el ámbito de su protección deben imperar los mismos requisitos generales que informan la actuación del Estado en la investigación penal, incluyendo los que, de modo particular, sean de aplicación. Pero, no más que en las demás situaciones y por supuesto siempre atendiendo al principio de proporcionalidad que debe procurar un marco de juego

⁵⁶ BUENO JIMÉNEZ, Mauricio. *Las intervenciones telefónicas: Doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre*. Noticias Jurídicas. http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10986-las-intervenciones-telefonicas:-doctrina-general-a-la-luz-de-la-lo-13-2015-de-5-de-octubre/#_Toc447117536 Fecha de consulta: 25 de abril.

suficiente para combinar la investigación y evitar la impunidad de personas, funciones y delitos.⁵⁷

E. Principio de Legalidad

Finalizando, y aunque no se pueda considerar como un principio exclusivo a este tipo de intervenciones ya que está presente en todo el ordenamiento jurídico, tenemos que hacer referencia al principio de legalidad, el cual como hemos dicho no figura expresamente en la Ley; no obstante ya se habló de un modo indirecto de este Principio en apartados anteriores ya que, al ser una medida restrictiva de derechos fundamentales parece obvio que la autorización judicial habilitante de la medida no puede prestarse de forma arbitraria, si no que ha de estar efectivamente en concordancia con los supuestos previamente tasados en una disposición legal, de carácter orgánico en este caso.

En consecuencia, el Juez no podrá autorizar el uso de una medida tecnológica de investigación que no esté prevista por la ley, ni en circunstancias que vayan más allá de lo pretendido y permitido por la norma.

Por último, no debemos olvidar en ningún momento los requisitos constitucionales, que no son más que aquellos determinados en el propio texto constitucional. Así pues, en virtud de la doctrina jurisprudencial⁵⁸, se establece que, sobre el cuerpo de doctrina constitucional unida a la doctrina del TEDH, se exigen el cumplimiento y respeto de una serie de exigencias constitucionalmente inexcusables y desarrolladas a lo largo de estos capítulos que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, como son la previsión legal, la autorización judicial previa y motivada, y la existencia de un control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida.⁵⁹

⁵⁷ ASENCIO MELLADO, Jose María. *La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita*. Alicante. 2011. Pg.: 12.

⁵⁸ STC 50/2000 de 28 de febrero del 2000. F.J.: 4º. (RTC 2000/50)

⁵⁹ PICÓ I JUNOY, Joan y CASANOVA MARTÍ, Roser, *La intervención de las comunicaciones telefónicas y postales*, en ABEL LLUCH, Xavier y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre prueba penal*. Madrid. 2012. Pg.: 134.

2.2.2. Jurisdicción y competencia.

Relacionado con el principio de legalidad se encuentran tanto la jurisdicción como la competencia, ambos están previamente recogidas en la Ley y su cumplimiento es imprescindible e inevitable.

Al ser impensable el evitar el proceso legalmente establecido no se pueden pasar por alto estos aspectos, que aunque de menor visibilidad y quizá menor problemática teniendo en cuenta la que ya de por sí presenta la injerencia en las comunicaciones privadas, no se puede restar importancia y tener en menor consideración estos aspectos. Ya hemos visto que en función del art. 18.3 CE, la medida debe ser acordada por una autoridad judicial, y este artículo ha de ponerse en relación con el 117.3 CE, relativo al Poder Judicial, el cual establece que en cualquier procedimiento el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por ley. Lo verdaderamente trascendente de esa exclusividad se descubre cuando la resolución judicial referida en el art. 18.3 CE se pone en contacto directo con ese art. 117.3 CE, pues del juego combinado de estos artículos se desprende que la limitación por resolución judicial no opera como una autorización, sino que sólo puede actuar en un proceso penal abierto y del que ya está conociendo el juez competente.⁶⁰ Es evidente que sólo podrá decretarse la intervención en el orden penal y, respecto a la competencia, debemos distinguir la objetiva por un lado, correspondiendo a los Juzgados de Instrucción o los Juzgados Centrales de Instrucción y, por el otro, el funcional, que corresponderá al concreto Juzgado que esté conociendo la causa.⁶¹ Establece el TC, *“debido a la configuración de nuestro ordenamiento, el Juez que ha de otorgar la autorización para la práctica de la intervención de las comunicaciones telefónicas, en el ámbito de la investigación criminal, es el Juez de Instrucción al que diversos preceptos de la LECrim configuran como titular de la investigación oficial”* y además establece que *“la garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con su concurrencia formal sino que esta ha de ser dictada en un proceso,*

⁶⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*. Valencia. 1999. Pg.: 92.

⁶¹ PICÓ I JUNOY, Joan y CASANOVA MARTÍ, Roser. *La intervención de las comunicaciones telefónicas y postales*, en: ABEL LLUCH, Xavier y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Estudios sobre prueba penal*. Madrid. 2012. Pg.: 138.

*único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial*⁶², resumiendo de forma breve y concisa, las intervenciones se han de practicar, dentro del proceso penal, por decisión del Juez correspondiente que está conociendo el asunto.

2.2.3. Solicitud de la medida de investigación.

La medida deberá ser acordada de oficio por el Juez o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, dejando de lado a las acusaciones particulares o populares al estar previsto que estas medidas sean siempre secretas y tramitadas en piezas separadas. El Juez tiene que tener en cuenta que a la vez que actúa como investigador del delito también es el garante de los derechos de los individuos y ha por tanto de sopesar la conveniencia de la medida.

La solicitud habrá de incluir una serie de datos estipulados por el art. 588 BIS párrafo B apartado segundo LECrim, textualmente:

1.º 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. No es necesario realizar ningún tipo de calificación jurídica.

2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis.a, 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. Como vimos anteriormente debe de existir algún principio de prueba o indicio que justifique la injerencia.

3.º Los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida.

4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido. Lo determinará el investigador pero puede ser de oficio completada o recortada por el Juez o a petición del Ministerio Fiscal.

⁶² STC 197/2009 de 28 de septiembre de 2009. F.J.: 7º. (RTC 2009/197)

5.º *La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.*

6.º *La forma de ejecución de la medida.*

7.º *La duración de la medida que se solicita.*

8.º *El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.*

Como vemos se exige información exhaustiva acerca del delito investigado y de la necesidad de la medida, además la resolución judicial que la acuerde deberá contener también todos estos extremos, como figura ya en el párrafo C del art. 588 BIS LECrim.

A pesar de estas garantías que la Ley requiere hay quien opina que esta Ley no ha supuesto ningún avance en cuanto a protección de nuestros derechos fundamentales se refiere, ya que es cierto que se confía a un Juez prácticamente toda la decisión, al ser criterios de un carácter ampliamente subjetivo. Tal y como señala NIEVA FENOLL *“todo ello (LO 13/2015) se rodeó de la exigencia de unos requisitos supuestamente garantistas, pero que, finalmente, lo fian todo al criterio de un juez. En palabras más crudas, nuestra intimidad puede ser reducida a la nada por un solo juez de instrucción, lo que resulta inadecuado sobre todo por esa anulación completa de un derecho fundamental que supone la decisión judicial.”*⁶³

La omisión del peticionante de información ignorada o que no resulte imprescindible para que el Juez pueda realizar su juicio sobre el acuerdo o no de la medida, no supone ningún impedimento para la legalidad de la adopción.

2.2.4. La exigencia de autorización judicial.

Podríamos decir que el pilar fundamental para que una intervención sea válida, es decir, no incurra en vicios que puedan dar pie a su nulidad, es la autorización judicial, la cual podríamos comparar con la llave que facilita el inicio de la medida.

Como hemos dicho es un importante requisito común a todo tipo de intervención, que no se puede considerar como un principio, pero que sí reviste una

⁶³ NIEVA FENOLL, Jordi. *La recuperación de la privacidad de las comunicaciones*. Noticias Jurídicas. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11095-la-recuperacion-de-la-privacidad-de-las-comunicaciones/> Consulta, 25 de abril de 2017.

notoria importancia en este tipo de medidas de investigación tecnológica. Éstas, por tanto, se pueden acordar en la fase de instrucción siempre que medie dicha autorización judicial, normalmente del Juez de Instrucción, salvo en las investigaciones que correspondan a órganos judiciales que resuelven contra personas aforadas en el TSJ y en el TS.

El carácter eminentemente público del proceso penal y la afección a importantes derechos fundamentales del investigado, regulados en el art. 18 CE, dan lógica a esta necesaria e ineludible necesidad de que sea un Juez quien autorice la intervención.⁶⁴

Es más, según el TS, “*de la nota de judicialidad de la medida de intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la Autoridad Judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables*”⁶⁵. Lo que se desprende de este pronunciamiento es evidente, al tratarse de un derecho fundamental, y en la línea de otras sentencias ya vistas en la misma tesitura⁶⁶, será impensable la adopción de una medida semejante si no es por vía de una autorización judicial y siempre bajo los requisitos legales y principios establecidos.

2.2.5. Duración de la medida.

No hay prevista una duración máxima para toda medida que se adopte, será lo que requiera la investigación, debiendo fijarse un plazo concreto que podrá prorrogarse por auto motivado y también cabrá a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía, debiendo especificarse tanto el resultado de la medida como las razones que justifican la necesidad de su continuación, en cualquier caso la medida ha de someterse al control

⁶⁴ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Investigación tecnológica de delitos... op. Cit.* . Pg.: 5.

⁶⁵ STS 223/2012, de 20 de marzo de 2012. F.J.: 1º. (RJ 2012/4072).

⁶⁶ STS 277/2016, de 6 de abril de 2016. F.J.: 1º. (RJ 2016/1325); STS 270/2016, de 5 de abril de 2017. F.J.: 3º (RJ 2016/3058), en esta ST se ampara una fragante violación de la intimidad de la acusada al estar refrendada por una autorización judicial; también STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016. F.J.: 4º. (RJ 2016/600) en la cual la autorización judicial se hace inválida a pesar de cumplir todos los requisitos y hacer la intervención pertinente al no estar concedida por el órgano adecuado. (OJO: PON MISMO INTERLINEADO)

judicial, dado que se exige que la Policía informe periódicamente de su desarrollo y resultados.⁶⁷

La medida finaliza bien porque desaparezcan las circunstancias que la motivaron, bien por estar resultando inútil, bien porque ha transcurrido el plazo fijado para su desarrollo. Los registros originales de lo obtenido se borran una vez que exista una resolución firme, quedando en el juzgado una copia que también se destruirá, como regla general, pasados cinco años desde la ejecución de la pena, o exista prescripción, sobreseimiento libre o absolución del afectado.⁶⁸

Mientras la medida esté vigente, en ningún momento podrá saber nadie más que el Juez, el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial que se está llevando a cabo pues es obvio que el interesado dejaría de utilizar el medio de comunicación que viniera empleando desde el mismo momento en que tenga noticia de la intervención, si efectivamente ésta le pudiera inculpar en un proceso penal.⁶⁹

Según el art. 588 bis.g la Policía Judicial habrá de informar al Juez sobre el 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, esto quiere decir que, para el adecuado control de la medida, la Policía Judicial pondrá a disposición del Juez de Instrucción, en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que se consideran de interés para la investigación. Esto se realizará con la periodicidad que en la resolución se indique, y además también se le remitirán las grabaciones íntegras realizadas, de las cuales se habrá de indicar, una por una, origen y destino.⁷⁰

⁶⁷ Art. 588 bis e, f y g LECrim.

⁶⁸ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 195.

⁶⁹ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2015. Pg.: 286.

⁷⁰ GUIARD ABASCAL, María Dolores. *La reforma procesal, novedades en la interceptación de las comunicaciones*. op. Cit., Pg.: 10.

2.3. Disposiciones específicas sobre la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas.

2.3.1. Precisiones terminológicas.

Como hemos visto anteriormente la intervención de las comunicaciones, y en especial de la telefónica, no siempre ha tenido una regulación legal en España, mucho menos las telemáticas, que responden a un tiempo mas contemporáneo. Podemos decir que la palabra telemática, novedosa hace apenas unas décadas pero ya hoy de uso habitual y frecuente trae causa, en su origen, de la combinación de otros dos vocablos inicialmente más conocidos, “telecomunicaciones” e “informática”⁷¹, lo que nos dará una pista sobre su significado.

Al margen del desarrollo de las diferentes tecnologías, lo cierto es que ambos tipos de comunicaciones, telefónica y telemática, comparten normativa y querrá con ello decirse que poseen una naturaleza semejante si no idéntica y que en consecuencia su regulación no merece diferenciarse⁷²; podríamos decir que cualquier comunicación que se lleve a cabo utilizando como medio una línea telefónica, ya sea oral o escrita, entra dentro del concepto telefónico, mientras que las comunicaciones orales o escritas que se realicen mediante una conexión a internet, tendrían la consideración de telemáticas, así pues un SMS sería una comunicación telefónica y una llamada por Skype sería una comunicación telemática, utilizaremos esta básica distinción pues, no tiene más complicación ni efectos prácticos a la hora de llevar a cabo la diligencia que nos atañe.

Para aproximarnos a una idea de lo que la doctrina ha considerado tradicionalmente de las escuchas telefónicas, y por ello pensamientos que han inspirado la reciente reforma en este campo, recordaremos las palabras del TS, *“el tema de las escuchas telefónicas, y su utilización como medio de prueba, ha ido adquiriendo una dimensión creciente dado que la instrumentalización del teléfono tanto en las relaciones estrictamente privadas como en las negociales de índole mercantil o*

⁷¹ FUENTES SORIANO, Olga. *Comunicaciones telemáticas: Práctica y valoración de la prueba*, en FUENTES SORIANO, Olga. *El proceso penal, cuestiones fundamentales*. Valencia. 2017. Pg.: 277.

⁷² CAVERO FORRADELLAS, Gerardo. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la ley de enjuiciamiento criminal*. Barcelona (Fiscalía Provincial). 2015. Pg.: 12.

industrial, es un fenómeno incontenible y progresivo. A su vez las posibilidades técnicas de interceptación y captación de cualquier conversación de este tipo se han acrementado y facilitado. Las interferencias e intromisiones policiales al efecto con el objetivo de desvelamiento de proyectos y maniobras delictuales, de comprobación de hechos delictivos o de descubrimiento e identificación de sus responsables, al haberse realizado ello de la forma más hábil y clandestina, se prodiga hoy con harta frecuencia. Derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional –honor, intimidad personal, secreto de las comunicaciones, libertad, dignidad personal... etc...- pueden verse gravemente afectados. Se trata, pues, de alcanzar el justo equilibrio entre ese proyecto esclarecedor de actividades delictuales, tan necesario para el mantenimiento del orden social y la seguridad ciudadana, y la salvaguarda de un cerco de derechos sobre los que se asienta y desarrolla la vida humana. Existen ámbitos individuales de inmunidad que no pueden ser arrollados so pretexto de actuar en función de fines de trascendencia pública.”⁷³ Como podemos apreciar ya en la década de los años 90 este pronunciamiento del TS invitaba a la reflexión sobre el uso de este medio de investigación y se aventuraba a predecir lo que sin duda acabo sucediendo, el teléfono se ha convertido en parte indispensable de nuestras vidas y a través de él corre mucha información de muy diversos temas que engloban ya, prácticamente, a toda la población de España. Poco tiempo después de la publicación de esta sentencia encontramos otro interesante planteamiento del TS, “dentro de las invasiones al derecho a la reserva de nuestras vidas la interceptación telefónica sea una de las más graves injerencias a la intimidad de la persona (...) A través del teléfono, libre de toda sospecha, pueden decirse cosas que afecten muy gravemente, en el terreno de la intimidad, a la persona cuya conversación se interviene.”⁷⁴

2.3.2. Evolución histórica.

Comienza en el año 1978, con la CE, cuando en el art. 18.3 se reconoce ese derecho al secreto de las comunicaciones, este mero reconocimiento necesitó, obviamente, un posterior desarrollo legal, para que la autoridad no cayese en el abuso y

⁷³ STS 1424/1993 de 18 de junio de 1993. F.J.: 1º. (RJ 1993/5191).

⁷⁴ STS 914/1996 de 10 de diciembre de 1996. F.J.: 5º. (RJ 1996/9038).

fuera menospreciado en beneficio del poder estatal. Se puso de manifiesto que era necesaria la existencia de una norma para que los jueces dictaran las resoluciones amparándose en algo que fijara sus competencias y los supuestos que deben limitar este derecho ya que “*los jueces solo son garantes de la libertad cuando deciden <secundum legem>, esto es, motivando su resolución en la decisión previa del legislador*”⁷⁵.

De aquella encontramos autores como GONZÁLEZ GUITIÁN que ya se mostraban críticos con la ausencia de una legislación específica para las intervenciones telefónicas, así decía en 1986, “*así pues podemos afirmar que la exigencia de Autorización Judicial no puede considerarse garantía suficiente para salvaguardar la intimidad mientras suponga, como supone hoy, un mero trámite burocrático o, en todo caso, un cheque en blanco*”⁷⁶; esta ausencia de regulación se explica porque en la LECri vigente hasta 1988 el artículo que regulaba la intervención de las comunicaciones era el 579, donde solamente se hacía referencia a las comunicaciones postales, privadas y telegráficas; el supuesto de escuchas telefónicas se suplía mediante interpretaciones análogas de los arts. 579⁷⁷ y siguientes hasta que, finalmente, la LO 4/1988, de 25 de marzo, dotó a las intervenciones de cobertura legal en nuestro ordenamiento.

Esta reforma fue criticada debido a que presentaba numerosas carencias, esto llevó a que España fuera condenada por el TEDH en 2003⁷⁸ *Caso Prado Brugallo contra España* debido a insuficiencias y falta de calidad de la ley española en sede de intervenciones telefónicas.

Analizando esta nueva ley⁷⁹, al fijarnos en los aspectos que se han modificado en cuanto a las intervenciones telefónicas, podemos afirmar que los defectos destacables subsanados por la ley se sintetizan en:

⁷⁵ JIMÉNEZ CAMPOS. *Comentarios a la legislación penal*. (Tomo VII). 1986. Pg.: 8.

⁷⁶ GONZÁLEZ GUITIÁN, Carlos. *Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos*. A Coruña. 1986. Pg.: 131.

⁷⁷ Art. 579, apdo. 2 LECrim: 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.

Apdo. 3: De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales periodos, 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.

⁷⁸ STEDH, Caso Prado Burgallo contra España. 18 de febrero de 2003. TEDH 2003/6

⁷⁹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en España*. Castilla de La Mancha. 2016. www.cienciaspenales.net Pg.: 7.

a) La forma que debe adoptar la resolución de intervenir las líneas: necesidad de auto motivado.

b) El plazo y los motivos de la prórrogas de la intervención: 3 meses prorrogables por el mismo periodo.

c) El objeto de la medida: descubrimiento o verificación de un hecho o circunstancia importante para el asunto.

d) Por último, el art. 579 también determina las personas susceptibles de intervención. Por un lado, distingue al procesado o sujeto sometido a una investigación penal (art. 579.2 LECrim) y, por otro, a la persona sobre la que recaigan indicios de responsabilidad criminal (art. 579.3 LECrim).

Pero sin embargo, por el contrario comete el serio error de que la Ley de 1988 dejó sin establecer:

a) La naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas.

b) La fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida.

c) Las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial.

d) Las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y la defensa.

Además, según determinados juristas, la redacción de ese art. 579, daba una visión confusa e incompleta de una diligencia de investigación que, a la par de poseer un enorme potencial de averiguación del delito, también corre el riesgo de ser usada de forma abusiva o incontrolada.⁸⁰

Todas estas deficiencias dan lugar a la anteriormente mencionada condena por parte del TEDH al entender este que se vulneraba el art. 8 CEDH. Las condenas a España y la puesta en evidencia de las carencias de la normativa, que era cada vez mas difícilmente colmada por los Jueces aplicando las analogías que les eran posibles con el aval del TC llevaron finalmente a la reforma en vigor. Dictaminaba el TS, “*ante una regulación tachada de incompleta, asistemática e insuficiente, puede decirse que ha*

⁸⁰ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 196.

sido la jurisprudencia la que ha ido creando en torno a ella todo un cuerpo doctrinal del mejor cuño, contando un base a ello con un régimen jurídico parangonable a ordenamientos europeos caracterizados por velar, con la mayor sensibilidad y estilo democrático, por el respeto y la sobrevivencia de los derechos fundamentales. No será posible adentrarse en el estudio del concepto, alcance y requisitos propios de las intervenciones telefónicas sin contar con las resoluciones emanantes del TEDH, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”⁸¹. Vemos en este texto de la Sentencia como se confirma el hecho que veníamos afirmando de que fueron los Tribunales los más importantes actores en el desarrollo normativo del asunto que nos atañe.

A pesar de esta primera condena a España, el TEDH reformuló posteriormente su doctrina y, dada la numerosa jurisprudencia creada desde la anterior sentencia, consideró que el sistema español de intervenciones telefónicas sí cumplía con los requisitos establecidos dado que inadmitió a trámite una demanda presentada contra el Estado español en base a incumplimientos en la Ley que ahora nos compete.⁸²

2.3.3. Normativa actual.

Actualmente este clamoroso déficit normativo ha sido colmado con la LECrim actual en su reforma de 2015 al incorporar una extensa regulación sobre esta medida, previendo los supuestos en que procede; requisitos para adoptarla válidamente; duración y, en definitiva las garantías procesales de los afectados por ella, además de incorporar el concepto de telemática en el Capítulo V, tratando de cubrir también esos sistemas de comunicación por esta ley, respuesta que se da al avance tecnológico y el problema que esto puede constituir para los cuerpos legales.

Cabe aclarar, desde el primer momento, que la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas y de las comunicaciones telemáticas tiene una regulación prácticamente idéntica y le son de aplicación las disposiciones comunes

⁸¹ STS 692/1997 de 7 de noviembre de 1997. F.J.: 3º. (RJ 1997/8348)

⁸² Caso Abdulkadir Coban contra España. El 16 de septiembre de 2006 fue emitido el Auto de Inadmisión de la Demanda por el TEDH.

aplicables a todos los medios de investigación tecnológicos, desde el art. 588 bis.a hasta el art. 588 bis.k LECrim.⁸³

El hecho de incluir las comunicaciones telemáticas en la Ley con una mención a parte, viene a constatar la realidad en la que vivimos actualmente, que estos medios de comunicación han alcanzado una importancia superlativa en la sociedad llegando en estos últimos años a utilizarse un único dispositivo para efectuar comunicaciones por vía telefónica y por vía telemática, es el concepto de teléfono inteligente o “Smartphone”. La necesidad de la actualización que ha sufrido la legislación no puede ser cuestionada por razones obvias, sin embargo, esta actualización a los nuevos tiempos no puede llevar a legitimar, al amparo de las ventajas técnicas, una investigación en la que todo vale, sin reparar en la intensa injerencia estatal y consiguiente sacrificio del espacio de intimidad que cada ciudadano dibuja frente a terceros. De ahí la importancia de que la regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas sea encabezada por una referencia a esos principios, hasta ahora ausentes en la regulación legal, pero que han servido durante los años anteriores para controlar y juzgar la constitucionalidad del acto de intromisión estatal. Y de ahí también la necesidad de que la diligencia de investigación que autoriza a los poderes públicos a adentrarse en las comunicaciones de ciudadanos encausados no quede abandonada a la incontrolada iniciática del Juez instructor.⁸⁴ Es un aspecto de vital importancia que ha sido bien resuelto por la presente Ley, que establece una serie de requisitos y criterios concretos de obligatoria apreciación antes de proceder a la investigación de las comunicaciones del investigado, y que de no observarse se incurriría en la nulidad.

Antes de profundizar en la legislación actual, es decir lo regulado con motivo de la LO 13/2015, conviene aclarar el concepto de intervención telefónica, que no es más que, de conformidad con la doctrina mayoritaria, todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide que se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo

⁸³ VALVERDE MEJÍAS, Roberto. *Intervención de comunicaciones telemáticas y registro remoto*. Barcelona. 2015. Pg.: 7.

⁸⁴ MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid. 2015. Pg.: 211.

imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor.⁸⁵ Dicho de otro modo podríamos definirlo como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, decretadas y ejecutadas, en el estadio instructor de un proceso penal, bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente y frente a un imputado, a los fines de, a través de la captación del contenido de la comunicación o de otros aspectos o caracteres del *iter* comunicador, investigar la comisión de delitos, averiguar los delincuentes y, en su caso, aportar al juicio oral elementos probatorios concretos.⁸⁶

Intentando simplificar este concepto, entenderemos por intervención telefónica el acto de investigación propio de un proceso penal por el cual un Juez limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona que está sometida a la misma.

2.3.4. Ámbito objetivo.

La intervención de las comunicaciones telefónicas (y telemáticas) se permite, según el art. 588 ter.a, cuando la investigación se refiera a delitos de terrorismo, delitos de delincuencia organizada o delitos dolosos castigados con una pena con límite máximo de hasta tres años de prisión; pero también es procedente cuando se investigan delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación.

Hemos visto con anterioridad los presupuestos exigidos, que como dijimos eran la mera extensión detallada del más importante de los criterios, que es el de proporcionalidad, si bien para no entrar en la reiteración de conceptos enumeraremos una serie de pautas y características más propias de este tipo de intervenciones que quizá no debieran ser de igual modo empleadas en todo tipo de observancias que se hagan de las comunicaciones.

⁸⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. *La intervención de las comunicaciones telefónicas y electrónicas*. El Notario del Siglo XXI. Marzo- Abril de 2017. Nº 72.

⁸⁶ FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo. “*El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*”. *Poder Judicial*. 1993, nº 32, pg.: 19.

El ámbito de estas disposiciones son, como sabemos, los terminales o medios de comunicación habitualmente utilizados por el investigado. La intervención judicialmente acordada podrá autorizar el acceso al contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación, así como a los que se produzcan con independencia del establecimiento o no de una concreta comunicación, en los que participe el sujeto investigado, ya sea como emisor o como receptor, y podrá afectar a los terminales o los medios de comunicación de los que el investigado sea titular o usuario. También podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad, así dicta literalmente el art. 588 ter LECri que es el cual nos habilita las posibilidades que tenemos a la hora del objeto de la intervención; en base a este artículo también se podrán investigar los terminales o medio de comunicación pertenecientes a una tercera persona siempre que:

- Exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información.
- El titular colabore con el investigado en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad.
- El dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin el conocimiento de su titular.

Se ha criticado por parte de algunos sectores de los ámbitos judicial y académico que la policía recurre en exceso a esta técnica ya que le ofrece gran comodidad, sin esforzarse en desarrollar otras estrategias más ingeniosas. Tales reproches no son aceptables en estos tiempos cuando la delincuencia organizada transnacional por su propia naturaleza dispone de elementos a distancia en diferentes países y continentes, siendo por ello ingenuo e irresponsable obligar a que la policía deba perseguirlos con los medios rudimentarios del siglo XIX, limitándose a las vigilancias y seguimientos discretos, el hábil interrogatorio de los paisanos, la manipulación de confidentes o el empleo de perros adiestrados y lentes de aumento.⁸⁷

⁸⁷ CAVERO FORRADELLAS, Gerardo. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la ley de enjuiciamiento criminal*. Pg.: 17.

Matizando a qué puede afectar hemos de recalcar que a las llamadas enviadas y recibidas, a los SMS enviados y aún no leídos, a un interlocutor de la persona vigilada, a un correo electrónico, y, al incluir el término telemáticas, también a un chat privado en Internet. Por otro lado, acceder a la agenda de contactos de un teléfono no se considera una vulneración del secreto de comunicaciones en sentido estricto, en todo caso se podría discutir si se trata de una vulneración del derecho a la intimidad, lo que tiene menos restricciones legales y plantea más facilidades al Juez.⁸⁸ Sobre esto se ha pronunciado el TC afirmando: *“hemos destacado igualmente que el concepto de secreto de la comunicación cubre no sólo su contenido, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores, de ahí que se haya afirmado que la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, toda vez que el acceso y registro de los datos que figuran en dichos listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones”*⁸⁹, esta resolución del TC hace ver que realmente puede afectar parcialmente a este derecho, con lo que se requeriría una nueva resolución para acceder y utilizar esos contactos.

Reiteraremos para finalizar la exposición del ámbito objetivo que la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas se permite, según el ya conocido art. 588 ter.a cuando la investigación se refiera a delitos de terrorismo, delitos de delincuencia organizada, o delitos dolosos castigados con una pena con límite máximo de al menos tres años de prisión; pero también es procedente si se investigan delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o comunicación, es decir que además de esos tres supuestos cerrados recogidos en la Ley se podrá extender la intervención, en este caso telemática, cuando se persiga un delito cometido por este tipo de instrumentos tecnológicos, evitando de este modo crear una especie de vacío que dificultara las investigaciones en este ámbito. Por tanto no se configura como un medio ordinario de investigación de delitos, si no

⁸⁸ 20 Minutos. *“Pinchazos Telefónicos” ¿Quién los autoriza? ¿Pueden hacerse a cargos públicos? ¿Hay límite?*. <http://www.20minutos.es/noticia/1707604/0/fiscalia-general/escuchas-telefonicas/cargos-publicos/> Consulta: 3 de mayo de 2017.

⁸⁹ STC 145/2014 de 22 de septiembre de 2014. F.J.: 4º. (RTC 2014/145)

que solo procede cuando se trata de delitos graves o que exigen usar ese medio para su persecución.⁹⁰

2.3.5. Funciones y objetivos de la intervención.

La medida de intervención telefónica cumple dos funciones básicas: por un lado, desempeña una función probatoria, aunque no es en sí misma un medio de prueba, sino más bien una fuente de prueba, o más exactamente una operación técnica cuyo objeto – la conversación-, puede crear elementos de prueba; que pueda serlo o no dependerá del contenido y de la relevancia de las grabaciones. Y de otra parte, cumple, también, una importante función investigadora, en cuanto que constituye una herramienta muy útil para obtener otros elementos de prueba y para decidir sobre sucesivos actos de investigación.⁹¹

Es por ello que a la vez que tienen la utilidad probatoria en un juicio, también facilitan la labor del Poder Judicial al servir como instrumento para tener acceso otras pruebas relacionadas con el delito en cuestión, teniendo siempre en cuenta los límites que la Ley pone a la intervención de las comunicaciones para no caer en el vicio de la ilegalidad o de la inconstitucionalidad. A tenor de esto se puede plantear un problema consistente en que, si el que acusa tiene derecho a no declararse culpable, ¿no es el objetivo de esta medida conseguir declaraciones del acusado contra sí mismo?, a este planteamiento hacía referencia LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ y escribe que *“en una ponderación adecuada y sistemática de la Constitución, ello no parece infringir, rigurosamente hablando, el principio <memo tenetur se detergere> constitucionalizado por el art. 24.2 CE.⁹². En primer lugar porque el derecho al silencio garantiza la posición del imputado que se encuentra en contacto directo con la Autoridad Judicial, fiscal o policial, sin que tenga lugar extenderlo hasta el punto de entender que no es*

⁹⁰ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 197.

⁹¹ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. “Escuchas telefónicas, alcance constitucional y procesal”. *Revista del Ministerio Fiscal*. Nº 1. 1995. Pg.: 118.

⁹² Artículo que versa sobre el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y asistencia letrada, a ser informados de la acusación realizada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con garantías, a la prueba, presunción de inocencia, no declararse culpables y a no declarar contra sí mismo. Precisamente la locución latina *nemo tenetur se detergere* se refiere al derecho a guardar silencio.

posible utilizar ninguna noticia que el imputado haya manifestado extraprocesalmente a terceros. Es evidente que, en caso de las manifestaciones realizadas por teléfono y captadas por orden judicial, el imputado no ha pretendido realizar voluntariamente una declaración cuyo contenido llegue a conocimiento del órgano judicial, pero ello lo que pone de relieve es la intención de no cumplir con un acto procesal, lo que implica precisamente que no se trata de una autoinculpación en el sentido de los arts. 17.3 y 24.2 CE., por lo que no cabe extenderle sus garantías. Además no otra cosa es lo que acontece con toda una serie de medida coercitivas como registros, interceptación postal y telegráfica... que, contra la voluntad del imputado, se dirigen a efectuar su futuro enjuiciamiento⁹³”. Vemos como se da solución a una importante cuestión acerca del concepto, pues si es verdad que se podían suscitar más dudas aún sobre la constitucionalidad de estas medidas estas son resueltas por la doctrina, en este caso precisamente se ampara en el sentido de la Carta Magna para proporcionar estas herramientas a la Justicia a fin de poder llevar a cabo sus fines con el mayor beneficio y eficacia posible.

La intervención de las comunicaciones puede consistir bien en la escucha o grabación de las conversaciones, bien en el simple control de las llamadas realizadas a, o desde, un aparato de teléfono, según se acuerde en el Auto judicial. En ese mismo Auto dispone la Ley qué puede comprender esta medida, que iría desde el registro y grabación del contenido de la comunicación, y las comunicaciones a las que afecta; pasando por el reconocimiento del origen o destino en el momento en que la comunicación se realiza; la localización geográfica del origen o destino de la comunicación, o bien el conocimiento de otros datos asociados o no a la comunicación, esto es, de valor añadido.⁹⁴

2.3.6 Práctica de la intervención.

Las escuchas telefónicas, que pueden acordarse como diligencias instructoras en el ámbito del proceso penal, ordinario o abreviado, requieren para su adopción del

⁹³ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás Vicente. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Tenerife. 1991. Pg.: 62.

⁹⁴ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2015. Pg.: 283.

cumplimiento de una serie de formalidades materiales y procesales que delimitan su aplicación. El TC ha desarrollado toda una doctrina jurisprudencial en garantía del derecho fundamental del art. 18.3 CE, de tal manera que el instructor, con carácter previo a la toma de decisión, se vea obligado a realizar un juicio de proporcionalidad concreto que avale tal injerencia, so pena de nulidad. Como anteriormente se ha expuesto la nueva regulación normativa viene a colmar un espacio necesario y hartamente demandado por la jurisprudencia, tanto nacional como de la Unión Europea.⁹⁵ Esta doctrina y jurisprudencia se ha reflejado en la actual LECrim, donde se plasman presupuestos y requisitos necesarios para proceder a la intervención.

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas recogido en el ya citado art. 18.3 CE encuentra su limitación práctica al acordarse por resolución judicial su interceptación, que ha de hacerse con fines probatorios para la obtención de datos que puedan cooperar al esclarecimiento de hechos y de las responsabilidades subsiguientes a los mismos. La no expresa motivación de la resolución judicial, tal y como señala nuestro TC⁹⁶, infringiría el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos, debiendo regirse siempre por la regla de la proporcionalidad porque no sólo la medida limitadora que esta intervención telefónica supone ha de ser necesaria al fin perseguido sino que debe también existir congruencia entre aquella y el bien protegido constitucionalmente.⁹⁷

A. Solicitud de autorización judicial.

En el caso de las intervenciones telefónicas y telemáticas, además de los requisitos que se exigían a la hora de realizar la solicitud para iniciar la medida en las consideraciones generales, se recogen una serie de exigencias a mayores tipificadas en el art. 588 ter.d LECrim. Por tanto se incluirán en la solicitud los siguientes aspectos:

- a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,

⁹⁵ BUENO JIMÉNEZ, Mauricio. *Las intervenciones telefónicas: Doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre*. Noticias Jurídicas. Consulta, 3 de mayo de 2017.

⁹⁶ STC 37/1989, de 15 de febrero de 1989. F.J.: 8º. (RTC 1989/317), también STC 13/1985, de 31 de enero de 1989. F.J.: 3º. (RTC 1989/13)

⁹⁷ NAVARRO FENECH, Antonio. *Formularios de investigación y prueba en el proceso penal*. 1997. Granada. Pg.: 188.

- b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o
- c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Son aspectos propios de las comunicaciones por teléfono lo que explica el porqué son exigencias específicas para este tipo de intervenciones y no comunes a todas las realizadas.

Tales datos identificativos pueden ser obtenidos por la Policía Judicial sin necesidad de autorización judicial, sirviéndose de artificios o medios aptos para ello de acuerdo con el estado de la tecnología, poniendo en conocimiento del juez su utilización, es decir sin necesidad de autorización judicial, el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial pueden obtener datos relativos a la titularidad de terminales o la numeración de los teléfonos pertenecientes a un abonado requiriendo a los prestadores de servicios, los cuales están obligados a proporcionar tal información.⁹⁸

La solicitud deberá contener además los elementos necesarios para poder conocer el alcance de la medida, de forma que la solicitud de autorización judicial habrá de hacer indicación del objeto de la medida proponiendo para la misma, el registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta, el conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza., la localización geográfica del origen o destino de la comunicación, y el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación, con indicación concreta de los datos que interesa obtener.⁹⁹

B. Importancia del auto por el cual se aprueba la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Es muy importante y tiene especial relevancia el requisito de la motivación que se exige al auto emitido por el Juez en el cual se acuerda (o deniega) la medida, se exige

⁹⁸ CAVERO FORRADELLAS, Gerardo. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la ley de enjuiciamiento criminal*. Barcelona (Fiscalía Provincial). 2015. Pg.: 12.

⁹⁹ vLex España. <https://practico-penal.es/vid/intervenciones-telefonicas-391379966> Consulta 20 de abril de 2017.

audiencia de Ministerio Fiscal y deberá dictarse en el plazo de 24 horas desde que se presentó la solicitud según el art. 588 bis.c LECrim.

El auto habrá de concretar, al menos, el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida, la identidad de los investigados y de terceros afectados; la extensión y el alcance de la medida, así como el cumplimiento de los principios rectores de este tipo de medidas; la unidad policial que se hará cargo de la intervención; la duración de la medida; la forma y periodicidad con la que se habrá de informar al Juez sobre el avance y los resultados; la finalidad perseguida con la medida, y el sujeto obligado que la ejecutará, si se conociera, con expresa mención al deber de colaboración y de guardar secreto. Sin embargo, por razones de urgencia, y solamente en relación con delitos de bandas armadas o elementos terroristas, puede ser acordada por el Ministerio del Interior o el Secretario de Estado de Seguridad. En este último caso debe comunicarse la actuación al Juez en el plazo máximo de 24 horas, quien deberá revocar o confirmar la medida, también de forma motivada (art. 588 ter.d 3 LECrim). La exigencia de motivación es ante todo un requisito formal de suerte que el órgano jurisdiccional debe plasmar las razones por las que acuerda la medida y debe justificar que se cumplen todos los presupuestos legales exigibles. La ausencia de motivación, que es necesaria para posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, ocasiona por sí sola la vulneración del derecho fundamental sustantivo y puede además producir una lesión del principio de tutela judicial efectiva.¹⁰⁰

Como hemos dicho este auto debe estar motivado, no bastando referencias generales ni escritos tipo que hagan que se pueda presumir el poco rigor en la autorización, debiendo constar la existencia de unos presupuestos materiales, esto es, que deben de estar justificados los requisitos que demuestran la proporcionalidad de la intervención judicial, siendo además preciso que se fije con rigor aquello que va a hacer posible su control a posteriori, ya que esto posibilitará la posible defensa en el

¹⁰⁰ Wolters Kluwer Guías Jurídicas. *Escuchas Telefónicas*. http://www.guiasjuridicas.com/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJmWNLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwsAv1DwaCEAAAA%3DWKE Consulta: 9 de mayo de 2017.

momento en el cual se puedan poner en tela de juicio los principios que sirvieron de base para acordar la medida.¹⁰¹

Esta obligación de la autoridad judicial de motivar la resolución por la que dispone una intervención telefónica constituye otra exigencia del principio de proporcionalidad, según el cual toda resolución limitativa de un derecho fundamental ha de ser minuciosamente motivada por la autoridad o funcionario que la practique a fin de que, en ella, se practique el indispensable juicio de ponderación.¹⁰²

Sentenciaba al respecto de estos requisitos el TC que “*el hecho de que en el Auto se concreten con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de la intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, y la falta de esos indispensables datos no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma. Si, según nuestra doctrina, sintetizada en el fundamento jurídico anterior, una de las condiciones de los datos objetivos de expresión necesaria en la motivación de los Autos por los que se autorizan las intervenciones telefónicas es la de que dichos datos sean accesibles a terceros, se echa en falta, no ya en el Auto, sino en la solicitud policial que le sirve de referencia, la concreción de ningún hecho que cumpla con esa condición.*”¹⁰³ Resalta en esta ocasión la importancia de esa motivación objetiva ya que sin ella la intervención no se podría refutar válida por estar en contradicción con la propia ley aunque de su práctica se hubieran cosechado resultados satisfactorios.

Para finalizar, además de estar motivado debe concurrir en él la proporcionalidad de la medida, es decir, primero la existencia de un fin legítimo para cuya finalidad la medida se muestre como medida necesaria e imprescindible para conseguir aquel, por no existir otra menos gravosa que pudiera llevar al mismo resultado y por tanto tiene que resultar idónea porque el resultado mencionado debe ser útil para conseguir la finalidad a la que nos hemos venido refiriendo.¹⁰⁴ Esta proporcionalidad puede cobrar especial importancia cuando es justamente el único

¹⁰¹ GARZÓN FLORES, José María. *Intervención de las comunicaciones y escuchas*. Madrid. 2016. www.blogs.ucjc.edu Fecha de Consulta: 10 de julio de 2017.

¹⁰² GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2004. Pg.: 411.

¹⁰³ STC 299/2000 de 11 de diciembre del 2000. F.J.: 5º. (RTC 2000/299)

¹⁰⁴ GARZÓN FLORES, José María. *Intervención de las comunicaciones y escuchas*. Madrid. 2016. . www.blogs.ucjc.edu Fecha de Consulta: 10 de julio de 2017

medio objetivo del cual se puede disponer a fin de llevar adelante una intervención, así lo hace saber el TS: “y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad”¹⁰⁵, lo que nos hace ver que si no quedara más remedio quedaría abierta esta posibilidad, aunque vistos los requisitos que se exigen para adoptar la medida y el estricto control al cual está sometida podemos deducir que se trataría de casos excepcionales y de especial necesidad.

C. Duración de la intervención y prórroga.

Una vez es acordada la medida, esta no puede tener una duración indefinida o indeterminada, en virtud del art. 588 ter.g. será como máximo de tres meses, prorrogables de tres en tres hasta un máximo de dieciocho meses. Para acordar la prórroga se exige que exista una fundamentación basada en extractos de las conversaciones obtenidas hasta entonces (art. 588 ter.h LECrim).

Este plazo de tres meses concedido por la ley debe entenderse como límite máximo de duración de la medida, ya que el mismo precepto establece de forma literal que la duración será “*hasta tres meses*”. Además de este límite temporal, la medida queda condicionada a la necesidad y proporcionalidad de la misma con la finalidad perseguida, de manera que en el auto de autorización debe precisarse una duración determinada de antemano.¹⁰⁶

Durante el desarrollo de esta medida se le habrán de entregar al Juez la transcripción de los pasajes relevantes con periodicidad además de la grabaciones íntegras realizadas, esto en parte se debe a que el TEDH y con él el TC y el TS han establecido que el control judicial de las intervenciones telefónicas no se limita al

¹⁰⁵ STS 510/2013 de 14 de junio de 2013. F.J.: 1º. (RJ 2013/8065).

¹⁰⁶ CASANOVA MARTÍ, Roser. “La problemática en la duración de una intervención telefónica”. *Revista de Derecho Procesal*. 2012. Núm. 1. Pgs.: 459- 472.

momento de su adopción o de su prórroga sino que debe estar presente en la ejecución de la diligencia.¹⁰⁷

D. El secreto de sumario y el secreto de las actuaciones.

Con carácter general, para que la intervención no sea conocida por la persona investigada, algo que es imprescindible para que quede garantizado el éxito de la operación y que ya mencionábamos en el capítulo anterior, es preciso que se acuerde el secreto de las actuaciones, sea conforme a lo que autoriza el art. 302 LECrim que es el habilitante del secreto de sumario afectante a las propias partes del proceso sobre la causa y se ha de diferenciar del secreto de las actuaciones (intervención de las comunicaciones), que se regula por el art. 588 bis.d LECrim y que es consecuencia directa de que para que esta diligencia sea eficaz, ha de estar acompañada necesariamente del secreto de las actuaciones¹⁰⁸.

Con respecto al secreto de las actuaciones de investigación, el TC ya se pronunció en este sentido, y en este caso concreto al dictaminar que *“la naturaleza de la intervención telefónica, su finalidad y la misma lógica de la investigación exigen que la autorización y el desarrollo de la misma se lleve a cabo, inicialmente, sin conocimiento del interesado, que tampoco participa en su control. Sin embargo, al desarrollarse la actuación judicial en el curso de un proceso, esta ausencia ha de suplirse por el control que en él ejerce el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadano, ex art. 124.1 CE, y posteriormente, cuando la medida se alza, el propio interesado ha de tener la posibilidad, constitucionalmente necesaria dentro de ciertos límites que no procede precisar aquí, de conocer e impugnar la medida”*¹⁰⁹, lo que nos hace ver que el propio TC al razonar sobre el procedimiento a seguir cuando se produce una injerencia en las comunicaciones está de acuerdo en mantener el secreto de las actuaciones, para ello, no obstante, se habrá de decretar siempre el secreto de las mismas. No obstante hay que aclarar que no es estrictamente necesario decretar el

¹⁰⁷ Wolters Kluwer Guías Jurídicas. *Escuchas Telefónicas*. Consulta: 9 de mayo de 2017.

¹⁰⁸ Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2013 sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*. Madrid. 2013.

¹⁰⁹ STC 49/1999 de 5 de abril de 1999. F.J.: 5º. (RTC 1999/49), en el mismo sentido, STS 182/2004, de 23 de abril de 2004. F.J.: 2º. (RJ 2004/3191).

Secreto de la causa cuando se practica una intervención telefónica, queda plasmado en el art. 588 bis.d de la LECrim, donde se dice literalmente que *“la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.”* Y aunque sin este secreto sobre las actuaciones estas perderían eficacia, no es un error subsanable en las futuras intervenciones a realizar.

Esto implica que, en caso de decretarse el secreto de dichas actuaciones, las diligencias practicadas en el sumario, en este caso, solo pueden ser conocidas por el Juez y por el Ministerio Fiscal, además de que estaríamos en todo momento hablando, en este caso concreto, del secreto de la actuación concreta, es decir de la intervención, pudiendo ser también decretado el secreto de sumario de toda la causa si se considerara necesario y bajo los requisitos pertinentes. El tiempo que puede estar activo el secreto de sumario será de un mes pudiendo ser prorrogado sucesivamente, pero deberá ser alzado como mínimo con diez días de antelación a la finalización del sumario, esto es semejante para el secreto de las actuaciones según la Circular 1/2013 que emitió la Fiscalía General del Estado.

Hemos de aclarar que el sumario que se está instruyendo no está abarcado por la garantía de publicidad del procedimiento recogido en el art. 24.2 CE, garantía que se desarrolla con intensidad en la fase del Juicio Oral; mientras subsiste la instrucción el contenido no puede ser conocido por terceros que no estén personados en el procedimiento, es más, cualquiera de las partes con acceso al sumario que revelare indebidamente el contenido del mismo podrá incurrir en responsabilidad administrativa (multa que oscila entre los 500 y los 10.000 euros) e incluso penal (delito de revelación de secretos recogido en el art. 199 CP.)¹¹⁰ y se entiende de análoga aplicación en el caso de vulneración del secreto de las actuaciones, ya que no se recoge en ningún otro apartado específico la sanción que conllevaría su vulneración.

Refiriéndonos ahora al decreto de un secreto de sumario total, sobre toda la causa y para las partes incluidas, hemos de decir que se trata, por tanto, de una medida excepcional dirigida a que los investigados no tengan conocimientos de cómo se está llevando a cabo la investigación. Causa cierta controversia al considerar algunos autores

¹¹⁰ RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel. *Las diligencias de Instrucción*, en RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel y DÍEZ RIAZA, Sara. *Litigación Penal*. 2017. Barcelona. Pg.: 100.

que el Secreto de Sumario puede dar pie a una indefensión del acusado, sobre esto dice el TS que “*el secreto del sumario, acordado en este supuesto al inicio de la instrucción de la causa, supone un impedimento en el conocimiento y de la posibilidad de intervenir por el acusado respecto a unos hechos que se investigan con el objeto de posibilitarla sin interferencias o posibles manipulaciones dirigidas a obstaculizar la averiguación de los hechos. Desde la perspectiva expuesta resulta patente que una medida como la acordada supone una limitación del derecho de defensa que no implica indefensión en la medida que el imputado puede ejercer plenamente ese derecho cuando la restricción se levanta una vez satisfecha la finalidad pretendida.*”¹¹¹ Lo que nos quiere decir que no se produce un daño del derecho de defensa tan elevado como se puede pensar ya que además el acusado podrá ejercer plenamente este derecho cuando sea el Secreto de Sumario levantado, no plantea esta problemática el concreto secreto de las intervenciones telefónicas, pues como hemos visto según doctrina y jurisprudencia si no se decretara dicha actuación quedaría casi totalmente desvirtuada, sobre los límites de la misma, que serían la gran problemática ya hemos hablado en apartados anteriores.

A modo anecdótico es relevante que cuando se produce el levantamiento del secreto de sumario o de las actuaciones, en especial los medios de comunicación entienden que el procedimiento automáticamente ya es público y puede ser conocido por todos, lo que no es cierto ya que las actuaciones siguen siendo secretas, aunque las partes ya pueden tener conocimiento de las mismas.¹¹² Sobre el secreto de sumario hemos de repetir que la declaración de un sumario como secreto es una medida absolutamente excepcional, justificada para tratar de proteger el buen fin de la investigación, debe de tener la consideración de excepcional en la medida en que limita enormemente el derecho de defensa, dado que los abogados de los investigados, por ejemplo, no pueden conocer qué diligencias se han practicado y cuáles son los indicios en que se basa el juez instructor para imputar a saber qué delitos. Por este motivo ha de levantarse en cuanto sea posible y sólo se ha de decretar cuando sea absolutamente imprescindible para proteger pruebas o el buen curso de la investigación.¹¹³

¹¹¹ STS 1231/2003, de 25 de septiembre de 2003. F.J.: 4º. (RJ 2003/6376)

¹¹² Jóvenes Letrados. Secreto de Sumario. www.jovenesletrados.es Consulta: 8 de mayo de 2017.

¹¹³ BOIX PALOP, Andrés. *Secreto de Sumario*, en “*No se trata de hacer leer*”. Blog de www.lapaginadefinitiva.com. 2009. Consulta: 5 de mayo de 2017.

Además el secreto de sumario se ha de levantar, con mínimo diez días de antelación con respecto del auto de conclusión de diligencias previas para dar traslado de las actuaciones a las partes a fin de que puedan preparar sus derechos procesales, es un requisito de muy importante cumplimiento, en palabras del TS, “*la prolongación excesiva del secreto más allá de su estricta necesidad; o la inobservancia, como sucede en este caso, de esa prescripción legal (levantamiento con una antelación de diez días al auto de conclusión de las diligencias previas) pueden vulnerar el derecho de defensa*”¹¹⁴ lo que podría implicar la nulidad de las actuaciones y la pérdida, por tanto, de toda la investigación realizada.

Aquellos que revelasen lo contenido en el sumario que se hallase bajo secreto incurrirán en el delito del art. 466 CP.¹¹⁵

Con respecto al secreto de las actuaciones, antes de la reforma de la LECrim, se otorgaba el mismo plazo que en el secreto de la causa, de un mes, y por tanto los tres meses de los cuales se disponía para llevar a cabo la intervención, en la práctica quedaban desvirtuados pues siendo la regla general de nuestro proceso la publicidad de la instrucción para el imputado, a fin de evitar la frustración de la escucha telefónica el Juez como hemos visto había de decretar este secreto de forma simultánea y esto no podía extender sus efectos más allá de un mes lo que provocaba que fuera inevitable que se prorrogara el secreto de forma indeterminada e ininterrumpida. Esta corruptela debía conllevar una reforma legislativa, mediante la cual se armonizaran los plazos de secreto sumarial y de intervención telefónica.¹¹⁶ Reforma que se produjo en 2015 y por la cual se permite tramitar las actuaciones de intervención en secreto y pieza separada por el tiempo necesario que dure la observación de las comunicaciones, con lo que este problema quedó resuelto.

Levantado el secreto, una vez finalizada la diligencia, se notificará el auto al interesado para que pueda recurrirlo si estima que la diligencia no es conforme a derecho, esto conlleva que se entregará a todas las partes personadas una copia de las grabaciones y de las transcripciones, salvo que hubiera datos sobre aspectos de la vida íntima de las personas, en cuyo caso estos fragmentos habrán de ser eliminados. (Art.

¹¹⁴ STS 1073/2012, de 29 de noviembre de 2012. F.J.: 2º. (RJ 2012/11082)

¹¹⁵ Se trata de un delito contra la Administración de Justicia que contempla amplias penas de multa e inhabilitación para quienes incurran en él, está dirigido a las partes de la causa y los administradores de justicia.

¹¹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2004. Pg.: 417.

588 ter.i.1). Además será también notificado a los intervinientes en las comunicaciones interceptadas que la medida se ha producido y se les informará de las concretas comunicaciones en las que hayan participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o puedan perjudicar futuras investigaciones; si la persona notificada lo solicita le será entregada una copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones 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. Se justifica esto en las palabras del TC¹¹⁷ al afirmar que, “*es evidente que si no se pone en conocimiento del interesado la intromisión se le privaría, por este hecho, de la posibilidad de obtener la tutela de su derecho fundamental en los casos en que la observación no haya respetado escrupulosamente lo prevenido en la ley; si nunca llegara a conocer la existencia de esta medida, esta escaparía a todo control...*”.

Estas grabaciones, si se aportaran al juicio oral, han de ser incorporadas siempre con la posibilidad de ser oídas para poder salvaguardar los principios de oralidad y contradicción, además, aun cuando no haya medios técnicos o científicos que permitan llegar con absoluta precisión a la perfecta identificación de la voz, siempre que la persona pertinente niegue ser el emisor de la misma, deben pasar por el dictamen de peritos, aunque no llegase a ser una prueba exclusiva ni excluyente.¹¹⁸

E. La afección a terceros a causa de la práctica de la intervención telefónica y telemática.

Como hemos visto, hay que tener especial cuidado con la adopción de esta medida porque además de la lesión de los derechos fundamentales del investigado, también puede conllevar el perjuicio a los derechos del tercero que se comunique con él, pues la propia Ley en su art. 588 ter C), bajo el epígrafe *afectación a tercero*, contiene una expresa regulación legal que permite incluir dentro de los medios habitual u ocasionalmente utilizados por el investigado, la posibilidad de que se acuerde también la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de

¹¹⁷ STC 54/1996 de 26 de marzo de 1996. F.J.: 8º. (RTC 1996/54)

¹¹⁸ GARCÍA GIL, Javier. *La Prueba en los Procesos Penales*. Madrid. 1996. Pg.: 328.

comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona, siempre que conste que: el sujeto se sirve de estos para recibir o emitir información, o el titular colabore con el mismo o se beneficie de su actividad.¹¹⁹ Es por ello que si no hay indicios de que estas terceras personas colaboran o se benefician de la actividad ilícita del investigado, con lo que habría que proceder a imputarles en el hecho delictivo, se deben extremar las precauciones puesto que tendríamos en juego los derechos, no ya de una persona inculpada en un hecho contrario a la Ley, si no a otra persona inocente al margen de los acontecimientos.

Evidentemente no se puede en ningún caso ordenar la intervención del terminal de un tercero para investigar de este modo al sospechoso, la LECrim solamente faculta para afectar al derecho al secreto de las comunicaciones de aquella persona sobre quien existan indicios de responsabilidad criminal.¹²⁰

A modo de apunte con respecto a la práctica de esa medida y su utilización dentro del procedimiento, La LO 13/2015 introdujo una importante novedad en el ámbito de las escuchas telefónicas, se abrió y regulaba la posibilidad de utilizar las intervenciones de un primer proceso en otro distinto. Esto queda regulado en el art. 588 bis.i, el cual se remite al también nuevo art. 579 bis LECrim, que prevé la utilización en un procedimiento distinto de la intervención obtenida con la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica en otro proceso penal. En este artículo se nos menciona la posibilidad de que sea utilizado en otro procedimiento distinto bien como medio de investigación, o bien como prueba. No presenta problemas el hecho de considerarlos como medios de investigación, pues entraría dentro del contenido de los denominados “hallazgos casuales” que van más allá del procedimiento en el cual se han descubierto; sin embargo presenta más complejidad el hecho de considerarlos medios de prueba, en este caso el Juez deberá valorar más a fondo el cumplimiento de garantías necesarias para el respeto a los derechos fundamentales.¹²¹

¹¹⁹ GUIARD ABASCAL, María Dolores. *La Reforma Procesal, novedades en la interceptación de las comunicaciones*. Pg.: 6.

¹²⁰ ALONSO SALGADO, Cristina. *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*. Salamanca. 2013. Pg.: 277.

¹²¹ CASANOVA MARTÍ, Roser. *Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: Especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinto*, en FUENTES SORIANO, Olga. *El Proceso Penal, cuestiones fundamentales*. Valencia. 2017.

Con respecto a este concepto hay que finalizar diciendo que no se prevé ninguna restricción más allá de que en el proceso original se hubieran respetado todas las garantías y exigencias previstas para este tipo de diligencias.

Con esto llegamos al final de este capítulo habiendo visto ya, tanto el propio derecho al secreto, su significado, protección y todo cuanto implica así como la normativa actual en cuanto a la intervención de las comunicaciones, incluyendo las particularidades de las intervenciones telefónicas y telemáticas además de la evolución histórica de su normativa y el procedimiento a seguir para su adopción, conviene a continuación, en el siguiente y último apartado, dedicarse a examinar dichas diligencias practicadas en la instrucción ya como una prueba en sí, analizando su eficacia y las dificultades que puede plantear.

F. Aspectos técnicos de las intervenciones telefónicas y telemáticas.

Una cuestión importante de mencionar, aunque no encaje plenamente en el ámbito jurídico, es el cómo se llevan a cabo estas escuchas. El Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones, o SITEL, es un sistema de escuchas telefónicas del Ministerio de Interior de España. Este sistema guarda los datos de los titulares de las líneas, así como el contenido de las llamadas; los números entrantes y salientes, mensajes de texto, localización del dispositivo que realiza y del que recibe las llamadas, y otros datos como hora, fecha o duración de las comunicaciones, evidentemente, siempre que sea activado por orden judicial. El sistema recoge y almacena toda esta información de los terminales telefónicos que el juez haya dictaminado, durante el plazo que establezca. Una vez concluido el mismo, el sistema remite al órgano jurisdiccional toda la información recopilada. Serán el juez y el secretario judicial quienes deberán entonces proceder a la escucha de todo lo recibido, y a la selección de aquella información que consideren relevante para la causa.¹²² El SITEL se hizo público por primera vez en 2001 cuando el Ministerio del Interior anunció una dotación para su puesta en marcha, es actualmente utilizado, de forma pública, por la Policía Nacional y

¹²² DEL RIO MARTÍNEZ, Francisco. *¿Cómo se realizan las escuchas telefónicas?. Qué aprendemos hoy. Jurídico.* <http://queaprendemoshoy.com/como-se-realizan-las-escuchas-telefonicas/> Consulta: 4 de mayo de 2017.

la Guardia Civil; hemos de aclarar que son las operadoras las que están obligadas a dar acceso al sistema a las comunicaciones, se podría acceder a las comunicaciones por otra vía fuera del sistema pero quedaría fuera de la legalidad a pesar de que los operadores pueden facilitar el acceso a las líneas.

A su vez, se impone la utilización de un sistema de sellado o firma electrónica que garantice la información volcada desde el sistema central al sistema digital de grabación de las comunicaciones con el fin de asegurar la autenticidad e integridad de los soportes puestos a disposición del juez.¹²³ De esta forma queda patente que el contenido de los transmitido al Juez es verídico y se refuerza la seguridad, dificultando a aquellos interesados el sabotaje o la manipulación del contenido de esto, una buena previsión legal teniendo en cuenta el auge de los delitos informáticos actualmente.

Ya a modo de curiosidad, y para cerrar este pequeño paréntesis técnico, cabe resaltar que además del cauce legal, existen otras herramientas capaces de interceptar comunicaciones, fuera de la normativa y completamente prohibida para los cuerpos de seguridad. La primera de ellas, más clásica y ya en desuso, es “pinchar” directamente la línea telefónica analógica, algo cada vez más imposible debido a la progresiva desaparición de este tipo de terminales. La segunda pasa por interceptar la comunicación entre particulares tomando la "posición dominante del operador", es decir, engañar al teléfono para que repita en una antena que no forma parte de la red oficial y escuchar así sus comunicaciones,¹²⁴ este último método además constituye un delito cometido por redes de espionaje que no presenta tanta dificultad y conocimiento técnico como inversión económica.

2.4. Eficacia probatoria de las intervenciones en las comunicaciones practicadas durante la fase de instrucción.

Para abrir el capítulo dedicado al valor probatorio, conviene empezar con la propia definición y explicación de lo que es una prueba en el proceso penal, teniendo siempre presente que es la actividad más esencial del proceso, podemos definirla desde

¹²³ Art. 588 ter LECrim.

¹²⁴ MONTERO, Daniel. *Así funciona el Gran Hermano policial*. El Español. 31 de mayo de 2016. http://www.elespanol.com/espana/20160530/128737418_0.html Fecha de consulta: 14 de mayo de 2017.

tres puntos de vista diferentes, desde un punto de vista objetivo podríamos considerar a la prueba penal como todo aquello que sirve para convencer al Juez de la veracidad de los hechos, y desde un punto de vista subjetivo la prueba sería el grado de convicción que ha adquirido el Juez, de modo que si combinamos ambos puntos de vista podríamos dar una completa definición afirmando que la prueba es el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que se deducen de los medios aportados.¹²⁵ Al igual que en el lenguaje común, uno de los problemas que nos encontramos al abordar el estudio del concepto de prueba procesal es que, en el ámbito jurídico-procesal, el término prueba presenta múltiples significados según la perspectiva desde la que se contemple el fenómeno probatorio. Así se habla de la prueba como procedimiento utilizado para probar, es decir, como actividad procesal que se despliega durante el desarrollo de la causa por las partes y el Juez; de la prueba como medio o medios utilizados para la demostración del tema objeto de prueba; de la prueba como las razones, argumentos o motivos que se obtienen de los medios de prueba para llevar al Juez el convencimiento sobre los hechos; y de la prueba como resultado, afirmándose que tal o cual hecho ha quedado probado o no.¹²⁶

Indudablemente, para dictar sentencia, al Tribunal no le basta con lo afirmado por las partes, sino que debe constarle que lo alegado se ajusta a la realidad, es decir, que son (o no) afirmaciones ciertas.¹²⁷

Se ha de decir además que no se obliga a los Jueces y Tribunales a admitir todos los medios de prueba que cada parte entienda pertinentes para la defensa de sus intereses, sino los que el juzgador motivadamente entienda que lo son; de este modo el Tribunal puede repeler aquellos medios de prueba que no guarden relación o sean impertinentes o inútiles con el tema. El derecho a la prueba no es en ningún caso un derecho absoluto para llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, de hecho, ningún derecho es jamás absoluto o ilimitado.¹²⁸

¹²⁵ LINARES SAN ROMÁN, Juan. *La valoración de la prueba*. www.derechocambiosocial.com. <http://www.derechocambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm> Fecha de consulta: 23 de agosto de 2017.

¹²⁶ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Concepto de prueba procesal”, en, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Primera parte. <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/mirandaestampres.pdf> Fecha de Consulta: 25 de junio de 2017.

¹²⁷ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 273.

¹²⁸ GARCÍA GIL, Javier. *La prueba en los procesos penales*. Madrid. 1996. Pg.: 17.

2.4.1. Características generales de la prueba en el proceso penal.

La prueba es el elemento más importante de todo el proceso, sin la prueba no se podría alcanzar la justicia a que aspira el proceso penal. Desde el principio conviene destacar que la LECrim no dedica ningún Título o Capítulo a las disposiciones generales en materia de prueba, ni existen tampoco preceptos específicos en los que se regulen las cuestiones esenciales sobre ella, como las relativas al objeto de la prueba, la prueba ilícita, la prueba indiciaria, la carga de la prueba o la presunción de inocencia. En consecuencia, la construcción dogmática sobre esta materia se debe a la doctrina y la jurisprudencia, y deberá tenerse siempre en cuenta la teoría general elaborada en relación con la prueba civil, y que hoy está sistematizada y recogida en la LEC, que es de aplicación supletoria a la LECrim¹²⁹.

La actividad probatoria es una actividad de parte, pues ellas tienen la carga de llevar al proceso el material de comprobación para obtener la sentencia favorable a su posición, al querer cada parte demostrar la veracidad de los hechos que alega y en los cuales sostiene sus pretensiones serán estas partes las encargadas de aportar el material fáctico que consideren oportuno a fin de conseguir el convencimiento íntimo del Juez sobre lo dispuesto por cada una; a pesar de que es el Juez el sujeto que ha de convencerse de la realidad fáctica y de la bondad jurídica de la posición de alguna de las partes, sin embargo, no se le permite como regla general salir a buscar la prueba; su papel y responsabilidad es la de esperar a la iniciativa de las partes, que deben traerle la prueba para que él la pueda valorar, y en aplicación de la Ley dictará sentencia a favor de quien haya logrado probar los hechos que sustentan su posición, o a favor de quien se ha visto envuelto en el proceso sin que la parte actora consiga acreditar la realidad fáctica de su posición.¹³⁰

No obstante, en el proceso penal, el Tribunal está “obligado” a descubrir la verdad histórica o material y no necesariamente coincidente, por tanto, con las que las

¹²⁹ Según el art. 4 de la LEC, “*En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*”.

¹³⁰ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Pg.: 410.

partes pudieran representarle, esto es más propio del proceso civil y se conoce como “verdad formal”. Es por esta razón por la cual la LECrim establece una serie de correcciones a este principio de aportación de parte en beneficio del principio de investigación.¹³¹

Esta investigación viene a ser lo mismo que la fase de instrucción, en la cual no hay conclusiones que probar, ni afirmaciones en base a unos hechos que requieran una corroboración, ni siquiera se sabe si se va a pedir el enjuiciamiento de una persona, por lo que hablar de actividad probatoria resulta de todo punto improcedente, cuando lo que con la instrucción se persigue es, lisa y llanamente, preparar el juicio, así lo recoge el art. 299 LECrim, cuando dice, textualmente, “*constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*”.

Se ha de hacer distinción entre lo que viene siendo actividad probatoria y actividad de investigación, en base a lo anteriormente dicho sobre la prueba, vemos que esta se practica durante el juicio, en la fase oral, y no es el juicio el momento en el cual se ha de instigar sobre lo ocurrido, en el juicio se han de tomar en consideración las pruebas, pero no se indaga más sobre los hechos; sin embargo, en la fase de investigación si se trata de esclarecer los hechos. Esta fase de investigación es previa a la actividad probatoria y necesaria para articular la prueba en el juicio, pues proporciona a las partes las fuentes de prueba, es decir, aquello que van a poder presentar en el juicio para buscar la convicción del Juez; no puede coincidir el tratamiento procesal de ambas actividades por más que ambas se asemejen en la aportación del conocimiento sobre unos hechos, y algunos procedimientos para realizar la investigación y la prueba coincidan, como sucede por ejemplo en las declaraciones de los testigos. Especialmente en el proceso penal la investigación es esencialmente ajena a la prueba procesal, especialmente porque esta pretende confirmar las conclusiones iniciales presentadas por las partes, que se fundan a su vez en unos hechos simplemente afirmados en las alegaciones iniciales; de este modo, la afirmación de la parte se convierte en

¹³¹ PÉREZ MORALES, Mónica. *Temas de derecho procesal penal*. Murcia. 2016. Pg.: 5.

certidumbre procesal en la sentencia a través de la prueba, es decir, de las inferencias que se deducen de los medios probatorios presentados ante el juzgador.¹³²

Para comprender mejor el siguiente apartado finalizaremos matizando que la prueba tiene dos dimensiones; de este modo podemos hablar de pruebas dentro del procedimiento y pruebas dentro del contenido; es decir, las pruebas como información de ciertos acontecimientos referidos a hechos delictivos y que no constituyen actividad procesal, solamente obtendrían esa calidad procesal cuando son introducidas al proceso para ser empleadas a fin de demostrar la verdad real y material¹³³, con esto nos referimos a que depende del momento exacto en el cual se encuentre el procedimiento el concepto de prueba podrá tener ligeras matizaciones que afectarán a la forma de entender su significado.

2.4.2. La prueba preconstituida.

Una vez hemos visto, de forma breve, el concepto de prueba, así como los principios de aportación de parte y de investigación, entra en juego para el objeto de este trabajo la prueba preconstituida. En principio el TS y TC determinan que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas, que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador.¹³⁴ Y por el contrario las diligencias sumariales serían meros actos de investigación que no constituyen pruebas de cargo, sin embargo encontramos en la Prueba Preconstituida la excepción a estas afirmaciones.

Si hubiera que dar una definición breve y sin entrar en un análisis profundo, diríamos que es aquella prueba que se practica durante la fase de instrucción, sin intervención del Tribunal que va a enjuiciar a pesar de tener todas las garantías inherentes a la legalidad de la prueba. Es un concepto que solo puede entenderse en el

¹³² MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Pg.: 411.

¹³³ ARAUJO LÓPEZ, Juan Ramón. *Las pruebas penales*. <http://www.monografias.com/trabajos67/pruebas-penales-salvador/pruebas-penales-salvador.shtml> Consulta: 20 de mayo. Pg.: 2.

¹³⁴ RODRIGUEZ RAMOS, Luis. *El juicio oral*, en RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel y DÍEZ RIAZA, Sara. *Litigación penal*. Barcelona. 2017. Pg.: 266.

derecho penal español y en base al anteriormente mencionado principio de investigación, ya que supone una actividad probatoria que ha sido realizada por el Tribunal encargado de instruir el caso, esto es, el encargado de la investigación del delito.

Hemos por tanto de considerar la prueba preconstituida como una prueba preexistente al proceso, que se prepara antes del mismo con el propósito de acreditar en el futuro la existencia de un hecho relevante para el referido proceso¹³⁵.

Se trata entonces de una locución de elaboración jurisprudencial y doctrinal, porque carece de regulación específica en la Ley, que no la menciona entre las formas probatorias, ni tampoco se refiere a ella como singularidad de la normativa general de la práctica de los medios de prueba, lo que no quiere decir que no regule fórmulas probatorias que integran, realmente, una prueba preconstituida¹³⁶, como por ejemplo la grabación de una llamada telefónica intervenida en consecuencia de una diligencia ordenada por el Juez para vulnerar el secreto de las comunicaciones de un investigado, en este ejemplo al no poder reproducirse de nuevo esa llamada, se admite la grabación de la misma para su reproducción en el juicio como una prueba, prueba que ya se ha preconstituido en el momento en el que se grabó la llamada.

El fundamento en el cual se justifica la existencia de este tipo de prueba se explica al entender que, en ocasiones, hay pruebas de las cuales se puede prever la imposibilidad o gran dificultad de realizarlas en el momento adecuado, que es el acto del juicio, por esta razón se procede a su práctica, generalmente, en fase sumarial, con el cumplimiento de los requisitos de legalidad que rodean esta fase y a las propias pruebas.¹³⁷

En esos casos en los que es previsible esa circunstancia, se preconstituye la prueba de que se trate.

¹³⁵ MARCA MATUTE, Javier. *El imputado y el anticipo probatorio*. ABEL LLUCH, Xavier y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, en, *Estudios sobre prueba penal*. Madrid. 2013. Pg.: 204.

¹³⁶ Wolters Kluwer. *Guías Jurídicas, prueba preconstituida*. www.guiasjuridicas.es Consulta: 27 de mayo de 2017.

¹³⁷ Wolters Kluwer. *Guías Jurídicas, Prueba preconstituida*. http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU NjC1NTtbLUouLM_DzbsMz01LySVADAXCrjIAAAAAA==WKE Consulta: 20 de junio de 2017.

En el mismo grupo cabe incluir a todas aquellas diligencias sumariales que no permiten su reproducción en el juicio, que, por su propia naturaleza y forma de realización inmediata, adquieren la condición de pruebas preconstituidas.

Podemos decir que prueba preconstituida es la integrada por aquellas actuaciones sumariales que por su imposible reproducción en el juicio, se les atribuye eficacia probatoria si han cumplido en su realización las garantías legales de los medios de prueba que se practican en el juicio¹³⁸, vemos pues que el concepto de prueba preconstituida no está exactamente delimitado y se puede ajustar, de manera más o menos flexible, a las peculiaridades que surjan durante cada proceso.

Esta actividad instructora es directamente incorporada al juicio oral y es indudable que las fuentes de investigación adquiridas en la instrucción son potenciales fuentes de prueba, de tal manera que el elemento pasa por las dos fases del proceso penal, instrucción y juicio oral, lo que supone que de ser posible repetir lo practicado en la instrucción, por ejemplo, pruebas documentales o la declaración de testigos, esto se repetirá en la fase probatoria, pero puede suceder que ese actos no pueda volver a repetirse y resultar indisponible con lo que se entra en el problema de plantear una prueba sin contar con los principios de inmediación y concentración¹³⁹.

Es por ello que debemos considerar este tipo de pruebas como excepciones a la formación o práctica de la prueba en el juicio oral, por cuanto al surgir fuera de él no registran la concurrencia de todos o algunos de los principios correspondientes a la prueba. De esta forma, parece presupuesto necesario para la utilización de la prueba preconstituida, que en el momento de su formación hayan concurrido alguno de los principios que son propios de la configuración de la prueba en el juicio oral; y en la medida en que sea posible, de nuevo en la vista, debe ser sometida a dichos principios.¹⁴⁰

Conviene hacer un pequeño paréntesis para mencionar que si bien guarda esta prueba preconstituida una gran semejanza con la prueba anticipada, no son el mismo

¹³⁸ Wolters Kluwer. *Guías Jurídicas, Prueba preconstituida*. http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAU NjCINTtbLUouLM_DzbsMz01LySVADAXCrjIAAAAAA==WKE Consulta: 27 de mayo de 2017.

¹³⁹ Según el Principio de Inmediación se trata de garantizar que el juzgador entre en contacto con la prueba de la manera más directa y estrecha posible; por otro lado el Principio de Concentración vela por la unidad del acto con que debe celebrarse el juicio oral.

¹⁴⁰ GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, Albert. “Las diligencias policiales como supuesto de prueba preconstituida y su incorporación al proceso”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. Diciembre de 2014. Nº 2. Pg.: 521.

objeto procesal ya que el Tribunal que conocerá de la anticipada es el mismo que juzga y se realiza antes del momento legalmente establecido para ello mientras que la preconstituida se lleva a cabo, como hemos visto, con todas las garantías y por el Tribunal de instrucción.¹⁴¹ Por arrojar más luz en esta diferencia, en la prueba preconstituida hablamos generalmente de elementos descubiertos al investigar el delito, que por la trascendencia que tienen son incorporados al proceso como prueba en la fase oral, por el propio principio de investigación, sin embargo la prueba anticipada, la parte que la propone solicita ese anticipo debido a que las circunstancias inherentes a ese elemento de prueba hacen más recomendable, sino imprescindible, la práctica por adelantado de esa prueba en concreto. El TS remarcó esta diferencia al considerar que *“un segundo supuesto muy diferente, porque ya supone un sacrificio de la inmediación, es el denominado por algunos como “prueba preconstituida”. Su diferencia con la anticipada está en que en la preconstituida la práctica de la prueba no tiene lugar ante el Tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción, con lo cual la inmediación desaparece al menos como inmediación espacio temporal, y queda reducida a la percepción del soporte en que la prueba preconstituida se documente y refleje. A veces se le denomina prueba “anticipada en sentido impropio” para reservar el término de “preconstituida” a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza y cuya práctica -como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias -es forzosamente única e irrepetible”*¹⁴². Como acabamos de ver, tienen en este ámbito una importancia especial las sentencias de los órganos creadores de jurisprudencia, de hecho el interés en el análisis de los elementos de la preconstitución de la prueba se deriva del enorme vacío legal existente en la materia y la discordancia entre las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, cuestión que dificulta la concreción del propio concepto. Este vacío legal ha sido, principalmente, lo que ha impedido hasta la fecha una construcción sistemática en la materia.¹⁴³

Retomando la prueba preconstituida, podemos ya advertir que el principal problema de la misma reside en su utilización, ya que puede afectar a derechos fundamentales al carecer, en ocasiones, de un íntegro respeto a los principios de la prueba penal; por otro lado también se entiende que no es justificación suficiente para

¹⁴¹ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. *Aspectos fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Pg.: 297.

¹⁴² STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009. F.J.: 3. (RJ 2009/3284)

¹⁴³ JAMARDO LORENZO, Andrea. *“La preconstitución de la prueba en el proceso penal”*. *Diario la Ley*. Enero de 2017. N° 8906.

no permitir su uso, ya que el carácter público del proceso penal exige que los asuntos que ahí se ventilan sean resueltos de la mejor manera posible para el interés general, la solución adoptada ha sido que los jueces utilizan este tipo de pruebas y permiten su trascendencia en determinados casos y respetando una serie de garantías para hacer el proceso lo menos lesivo posible para los intereses del acusado.

Para finalizar este apartado dedicado a la prueba preconstituida entraremos a ver como influye esto al objeto del trabajo, a la intervención de las comunicaciones, sabiendo ya lo que es y cómo funciona este tipo de prueba, nos es fácilmente deducible que cuando se interviene, por ejemplo, un teléfono móvil y se capta una conversación en fase de instrucción que pone de manifiesto la comisión y autoría de un delito, esto automáticamente a parte de servir al Juez instructor y a la policía para la resolución de la investigación, se convierte automáticamente en una prueba que será utilizada por las partes en el propio juicio oral, en este caso, tal como advierte la legislación, para preservar los principios de inmediación, concentración y, sobre todo de contradicción, serán reproducidas estas grabaciones en la vista, ya que además, la propia naturaleza de la prueba lo permite.

Además, la nueva legislación con la entrada en vigor de la LO 13/2015, contiene, entre varias novedades un aspecto directamente relacionado con la prueba, y que da lugar a una mayor complejidad a la hora de hablar de las intervenciones telefónicas como medios de prueba, hablamos de la legalización del uso de los resultados de las injerencias telefónicas en un proceso penal distinto. Anteriormente a la reforma existía una ausencia de regulación, esto era porque a priori es cierto que puede resultar extraño puesto que es una intervención acordada en un proceso diferente en el cual los requisitos y exigencias del momento en el que se aprobaron habrán variado, pero a pesar de esto es innegable que el valor de los resultados alcanzados y de los hechos descubiertos puede resultar esencial para la instrucción de otro delito. Antes de la reforma era el TS quien se veía obligado a colmar ese vacío, aunque en principio dicha utilización no estaba permitida.

Resulta interesante como ya de por sí la prueba preconstituida presenta la polémica característica de haberse practicado antes del momento previsto en el procedimiento para el resto de pruebas y recientemente la Ley permite además el uso de una prueba ya preconstituida de por sí en un proceso distinto.

En la actualidad, para que los resultados obtenidos de unas escuchas telefónicas en un procedimiento posterior sean válidos, se debieron de cumplir en el primer proceso, los requisitos constitucionales y legales oportunos, y con esta exigencia y la Autorización Judicial pertinente en el segundo proceso gozando de los antecedentes oportunos, será válido dicho uso.

2.4.3. La prueba ilícitamente obtenida.

Una de las causas por las que puede inadmitirse una prueba, aunque no esté expresamente escrito en el art. 659 LECrim, es porque resulte ilícita, es decir, que vaya en contra de alguna norma, pudiendo esa ilicitud afectar tanto a las fuentes de prueba como a los medios de prueba en sí. El artículo 11.1 LOPJ ya pone de manifiesto, y de forma muy clara, este concepto, dicta así, “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o las libertades fundamentales.*” En toda la jurisprudencia este artículo es directamente relacionado con el principio de presunción de inocencia, nace precisamente para protegerla y esta se convierte en el canon de ilicitud de este tipo de pruebas.¹⁴⁴

La terminología utilizada para referirnos a la prueba ilícitamente obtenida es de lo más variada, siendo comúnmente aceptados otros términos como el de prueba prohibida, prueba ilícita, prueba irregular o prueba ilegal, entre otros, cuya esencia redundante en la vulneración de los derechos de los investigados para la obtención de una determinada prueba. Pero pese a esa sintonía entre estos términos, sí que conviene distinguir entre aquéllas pruebas que afectan derechos fundamentales y las que no, al igual que hace el legislador en el art. 11.1 de la LOPJ, de esta manera es posible referirse de manera indistinta a la prueba prohibida e ilícita, cuyos efectos deben ser, entre otros, la nulidad de dicho material probatorio, y por tanto su absoluta falta de consideración por el órgano jurisdiccional, y de otra parte, lo que es la prueba irregular e ilegal, que estaría reservado a las pruebas que no afectan derechos fundamentales, y que en consecuencia no estarían abocadas a una declaración de nulidad.¹⁴⁵ De este

¹⁴⁴ ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La prueba ilícita penal, decadencia y extinción*. Málaga. 2013. Pg.: 13.

¹⁴⁵ GONZÁLEZ CANO, Mauricio. *La prueba ilícitamente obtenida*. www.mauricioabogados.com Consulta: 29 de mayo de 2017.

modo procuraremos ser precisos a la hora de referirnos a este tipo de pruebas para no dar pie al error, con respecto a este último tipo de pruebas irregulares o ilegales, conviene aclarar el significado de las mismas aquella en cuya obtención o práctica se han infringido preceptos de legalidad ordinaria procesal, cuyo alcance debe ser valorado por los tribunales ordinarios que procederán si conviene a una declaración judicial del carácter irregular de una prueba y que no arrastra consigo la irregularidad de otros medios de prueba relacionados con aquélla; es decir, no contamina necesariamente el resto de los medios de prueba que puedan derivar necesariamente de la misma.¹⁴⁶

El punto de partida de este concepto, antes incluso de que lo hiciera la LOPJ, lo ponía el TC cuando en 1984, sin apoyarse en ningún precepto legal concreto dictaminó que *“la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción del artículo 24.2 de la Constitución porque una prueba así obtenida no es una prueba pertinente”*¹⁴⁷, aunque ya en 1982 había este Tribunal anticipado cierta parte de la resolución al dictar, textualmente en una Sentencia que *“el derecho a la presunción de inocencia solo puede ser enervado por prueba que haya llegado con las debidas garantías procesales”*¹⁴⁸, como podemos deducir este rechazo radical hacia las pruebas obtenidas de forma ilegal se mantuvo hasta su consagración de la LOPJ y así ha perdurado hasta nuestros días. Podemos entonces afirmar que el sistema constitucional español, en lugar de establecer un derecho a que la prueba practicada no se obtenga por medios ilícitos, impone el deber de obtener los medios de prueba por medios lícitos como garantía de no vulneración de los derechos fundamentales que pueden entrar en colisión con la adquisición de la prueba.¹⁴⁹

El control sobre la licitud de la prueba debe efectuarse ya en sede de admisión de las pruebas, corresponde al juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con la infracción de los derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de infundada, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes. Un adecuado control de la licitud de la

¹⁴⁶ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La prueba prohibida: Evolución jurisprudencial*. Navarra. 2014. Pg.: 39.

¹⁴⁷ STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984. F.J.: 6º. (RTC 1984/114)

¹⁴⁸ STC 55/1982 de 26 de julio de 1982. F.J.: 2º. (RTC 1982/55)

¹⁴⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. *“El proceso penal español y la prueba ilícita”*, en *Revista de Derecho (Valdivia)*. Diciembre de 2005. V. 18, Nº 2.

prueba en sede de instrucción o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita.¹⁵⁰

A. La prueba ilícita.

Hablaremos entonces de prueba ilícita cuando se haya obtenido esta mediante la infracción de la Ley procesal, sin que resulte afectado el contenido esencial de un derecho fundamental no serán de aplicación los efectos derivados del art. 11.1 LOPJ y, por tanto, debe valorarse la trascendencia de la infracción. Se trataría sin duda de pruebas ilícitamente obtenidas, pero la sanción por la vulneración de la Ley no tiene por que ser irremediamente la exclusión de estas del proceso. Una de las consecuencias de la vulneración de la Ley en la obtención o práctica de las escuchas telefónicas es su imposibilidad de valoración judicial, pero como veremos a continuación y basándonos en determinados autores haremos una distinción entre la prueba ilícita y la prueba prohibida.

Parece obvio que cuando la obtención de la fuente prueba es irregular, al tratarse de una infracción de la legalidad ordinaria, se produce su ineficacia, pero no impide la utilización de otros medios de prueba indirectos o incluso de subsanar el defecto con otras diligencias en la instrucción en el plenario.¹⁵¹

No hay una unanimidad en la doctrina acerca de si hay diferencias entre la prueba ilícita y la prueba prohibida que veremos a continuación, es más, hay numerosos autores que no hacen distinción entre tales, siguiendo lo establecido por GIMENO SENDRA, en este trabajo llevamos a cabo esa distinción; para apoyar la misma nos referiremos determinadas sentencias tanto del TS como del TC que vienen a constatar la afirmación de que, el ámbito de la prohibición de valoración no se extiende a cualquier

¹⁵⁰ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “*La Prueba Ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones*”, en *Revista Catalana de Seguretat Publica*. Mayo de 2010. Pg.: 138.

¹⁵¹ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Pg.: 428.

supuesto de prueba ilícita, sino única y exclusivamente a la que haya infringido alguna norma constitucional y tuteladora de los derechos fundamentales.¹⁵²

En primer lugar en una sentencia de 1997, el TC consideró que no era un supuesto de prueba ilícita un registro realizado sin el letrado de la Administración de Justicia ya que dicha ausencia no violaba derecho fundamental alguno si no que tendría que considerarse una irregularidad que impediría la constitución de prueba preconstituida pero no contaminaría el procedimiento.¹⁵³

A continuación, refiriéndonos al TS, el cual dice que esa nulidad en la obtención de la prueba no va acompañada del efecto reflejo que se asocia a la prueba que implica violación de derechos fundamentales, porque, tal y como dice, “*quizás sean parecidos y análogos los efectos, más desde luego, en el caso de infracción constitucional, las consecuencias son más rígidas, más insolubles*”¹⁵⁴.

Viendo que cabe hacer esta distinción, a pesar la división de opiniones, hemos de matizar que, aún cuando el efecto reflejo no tenga el mismo alcance que la nulidad del art. 11.1 LOPJ, no quiere decir que esta nulidad no se propague a los actos posteriores causalmente conectados con la diligencia declarada nula.

B. La prueba prohibida.

Empezaremos diciendo que, al contrario que antes, esta prueba afecta al contenido esencial de un derecho fundamental, y por tanto no cabrá duda alguno de que carece de todo valor y eficacia. Este tipo de pruebas no se producen en el momento de práctica del medio probatorio, sino que tiene su lugar de encaje en la fase de obtención de los elementos que posteriormente van a integrarse en un determinado medio probatorio¹⁵⁵.

Pruebas que encajen en esta tipología no es ya solamente que deban ser declaradas nulas, como en el párrafo anterior se dice, sin llegar a integrarse en un medio

¹⁵² GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2004. Pg.: 651.

¹⁵³ STC 221/1997, de 4 de diciembre. F.J.: 4º. (RTC 1997/221)

¹⁵⁴ STS 517/1996, de 12 de julio. F.J.: 3º. (RJ 1996/5959)

¹⁵⁵ GINER ALEGRÍA, César Augusto. “*Prueba prohibida y prueba ilícita*”, en *Anales del Derecho*. 2008. Nº 26. Pg.: 584.

probatorio, sino que su propia y simple admisión ha de rechazarse desde un primer momento y se consideraría radicalmente nula, así lo hace saber el TC al afirmar que “*la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente obtenidas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica una ignorancia de las garantías propias del proceso, comportando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro. Por ello ha de declararse también vulnerado el artículo 24.2 CE, pues el debate en que consiste el juicio oral quedó viciado desde que se admitió en el la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos*”¹⁵⁶, en base a esto podemos deducir que su ineficacia es absoluta y total.

Merece especial distinción lo expuesto al decir que tendrán el mismo carácter las pruebas que derivasen de aquella ilegal, y es ahora cuando tenemos que mencionar la doctrina creada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos llamada la “*Doctrina de los frutos del árbol envenenado*” y que está dirigida a evitar actuaciones policiales que, para conseguir una mayor eficacia en la persecución y averiguación de los delitos, terminaban vulnerando los derechos fundamentales de los ciudadanos, es decir que se configura, más que como un estorbo a la actuación de las Fuerzas del Estado y el Poder Judicial, como una garantía al servicio del ciudadano para impedir que estos entes se extralimiten en sus funciones y desvirtúen su labor hacia una persecución de carácter injusto contra sus administrados.

La doctrina de los frutos del árbol envenenado es una doctrina que hace referencia a las pruebas de un delito obtenidas de manera ilícita, las cuales impedirán posteriormente en el proceso judicial que puedan ser utilizadas en contra de cualquier persona, en el sentido de que cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo esté viciada, debe ser prueba nula.¹⁵⁷

En otras palabras, según esta teoría, si la prueba proviene de un árbol corrompido (un hecho ilícito), todo lo que se obtenga de él también estará podrido y no

¹⁵⁶ STC 49/1999, de 5 de abril de 1999. F.J.: 12º. (RTC 199/49)

¹⁵⁷ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *La Doctrina del fruto del árbol envenenado*. 2015. www.noticias.juridicas.com Consulta: 28 de mayo de 2017.

podrá ser tomado en consideración por el Tribunal enjuiciador.¹⁵⁸ Esta doctrina se corresponde con la Teoría Refleja que promulga que los efectos de la nulidad radical de una prueba prohibida han de extenderse a todas las consecuencias que se extraigan de la misma, viene a ser lo dispuesto por la *doctrina de los frutos del árbol envenenado* y se contraponen a la Teoría Directa la cual estipula que estos efectos han de limitarse sola y exclusivamente a la prueba que causó la violación del derecho fundamental.

Nuestro ordenamiento jurídico se ha decantado por la teoría refleja, consagrada en la LOPJ, lo que ha venido dando resultados problemáticos, ya que en nuestro país solo podía admitirse el medio de prueba que se obtiene de forma independiente a la lesión, es decir, la fuente independiente y esto no debía de interpretarse así ya que, a pesar de existir una lesión sobre un derecho fundamental, esto no impide que se pueda obtener la fuente de prueba a través de otro acto de investigación totalmente desconectado de la misma¹⁵⁹; de este modo la jurisprudencia no ha llegado a aplicar la Teoría Refleja en todo su significado y extensión, aplicando, en la medida de lo posible, un término medio entre ambas teorías, incluso decantándose en ocasiones por la Teoría Directa. Esto es así debido a los resultados injustos que se podrían derivar, no solo porque se pueda permitir que un presunto culpable quede libre, si no también porque se puede acabar extrayendo del proceso pruebas que no necesariamente están envenenadas.

Finalizaremos adaptando este capítulo sobre la prueba haciendo referencia al tema que nos compete, es decir, a la intervención de las comunicaciones como prueba centrándonos en lo más importante que es, a su vez, su mayor peculiaridad, la vulneración de derechos en la medida y la consiguiente nulidad que generaría como prueba.

En primer lugar, decir que si se han cumplido todos los requisitos legales y está la medida por tanto ajustada al derecho estaremos ante una fuente de prueba que podrá ser reproducida en el juicio oral, esto sería lo normal y correcto dentro del procedimiento; sin embargo si se ha incumplido un requisito habrá que atenderse al calibre del mismo, no es lo mismo que se trate de un error formal que no lesione los derechos de ningún individuo, a que se cometa una auténtica infracción que acarrearía nulidad, a modo de apunte añadir que además, la violación de garantías constitucionales

¹⁵⁸ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. Aspectos Fundamentales del Derecho Procesal Penal. Pg.: 299.

¹⁵⁹ DÍAZ CABIALE, Jose Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. “La Teoría de la conexión de antijuridicidad”, en *Jueces para la Democracia*. Marzo de 2002. N° 43. Pg.: 44.

o legales en materia de interceptación de comunicaciones telefónicas origina responsabilidad penal¹⁶⁰.

Aunque pueda parecer algo extraño y algo alejado de la realidad, no son infrecuentes las anulaciones sumariales que se adoptan por el TS o por las Audiencias Provinciales, debido a unas intervenciones de comunicaciones en las que el Juez de Instrucción ha valorado erróneamente las circunstancias del hecho. Anulaciones que, como es lógico, afectan a investigaciones por delitos muy graves, que acaban determinando la impunidad de personas respecto de las cuales se ha acreditado su intervención a través de la vulneración de derechos fundamentales por un error del Juez de Instrucción en la adopción de la medida de intervención telefónica.¹⁶¹

Como ya hemos visto, se habrán de respetar los principios inspiradores de la Ley, y muy en especial el principio de proporcionalidad, y es que la apreciación de la legitimidad de una medida como la de que aquí se trata, impone un primer juicio acerca de su proporcionalidad, esto es, dirigido a comprobar si con ella se persiguió un propósito constitucionalmente lícito y capaz de justificarla. Después, habrá que verificar si el sacrificio del derecho fundamental concernido era realmente necesario para conseguir ese fin, a tenor de los datos ofrecidos a la consideración del instructor. También habremos de tener en cuenta que la legitimidad de esta medida queda también condicionada a que se produzca la necesaria expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención, es decir, que haya una investigación, de un delito grave y exista una conexión real de las personas con los hechos pertinentes, como de la necesidad y adecuación de la misma, según las razones que la motiven y finalidad perseguida.¹⁶²

Con esto, y en base a lo explicado a la hora de hablar de las pruebas ilícitas y prohibidas, podemos deducir que cuando se trate de una total lesión del derecho del investigado al secreto de las comunicaciones, con las inobservancias legalmente

¹⁶⁰ Según el art. 536 CP. '*La autoridad, funcionario público o agente de estos, que mediando causa por delito, interceptare las comunicaciones o utilizare artefactos (...) con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá...*', es un delito contra las garantías constitucionales cometido por funcionario público.

¹⁶¹ VIADA BARDAJÍ, Salvador. *Intervenciones telefónicas y estructura del proceso penal*. ElDerecho.com. 2010. Fecha de consulta: 20 de junio de 2017.

¹⁶² Noticias Jurídicas. *Nulidad de la prueba de intervención telefónica obtenida sin justificarse suficientemente su necesidad por la policía*. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/6276-nulidad-de-la-prueba-de-intervencion-telefonica-obtenida-sin-justificarse-suficientemente-su-necesidad-por-la-policia/> Fecha de consulta: 20 de junio de 2017.

requeridas para proceder a la interceptación de las comunicaciones, la prueba no podrá de ninguna manera ser tomada en cuenta por el Juez o por el Tribunal, y los efectos que esta hubiera generado habrían de tenerse también por nulos.

CONCLUSIONES ▸

Finalizado el contenido del trabajo es el momento de enumerar y sintetizar las conclusiones que obtenemos tras el estudio de la materia, de este modo enumeraremos aquellas afirmaciones y explicaciones que extremos en base a lo expuesto y que más importancia cobran dentro de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

i- **Limitación del derecho al secreto de las comunicaciones.** En los primeros apartados del trabajo desarrollaba este derecho, mostrando como según la CE, y otras fuentes internacionales, estamos protegidos por este derecho que garantiza un respeto a la intimidad y a la vida personal y familiar. Este Derecho, al estar amparado por la Norma Fundamental, se encuentra muy protegido y no puede ser vulnerado, salvo en aquellos supuestos previstos por la CE y desarrollados por la Ley, esto se debe a que ningún derecho es absoluto, y en base al interés general y al bien común, pueden los Derechos Fundamentales limitarse, siempre y cuando se den una serie de características y requisitos muy concretos que permitirían este quebrantamiento sin incurrir en una ilegalidad. Por lo tanto he de afirmar que el derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra limitado por la propia CE, y que esta limitación ha sido desarrollada en la Ley, permitiendo la observancia de las comunicaciones cuando se cumplan las circunstancias que el legislador y la jurisprudencia han previsto.

ii- **Exigencia del cumplimiento de una serie de principios.** Hemos podido ver como a la hora de llevar a cabo la intervención de las comunicaciones se exige la correspondencia con una serie de principios, los cuales son: especialidad, excepcionalidad y necesidad, proporcionalidad e idoneidad. Estos principios son los requisitos que tiene que salvaguardar la intervención para poder refutarse válida y el respeto a los mismos era inexcusable, de forma que en la autorización judicial para llevar a cabo la medida, a la hora de motivarla han de tenerse siempre en cuenta y justificar esta serie de principios. Por especialidad entiendo que había de adoptarse para un delito ya conocido, no para prevenir uno futuro; por excepcionalidad y necesidad que ha de ser la medida absolutamente necesaria y no ha de poder ser sustituida por otra menos gravosa; en cuanto a la proporcionalidad, siendo el principio quizá más importante, tiene como objetivo que el Juez haga una imaginaria ponderación en una

balanza, de modo que el beneficio por sacrificio del derecho ha de ser superior a lo que sucedería de no hacerlo, de cumplirse esta hipotética comparación, seríamos fieles a este principio, y, por último, el principio de idoneidad que busca la utilidad de la medida de Juez para lograr el objetivo previsto. No hay que olvidar el principio de legalidad, presente en todo momento aunque no figure de forma explícita en la Ley, y que viene a garantizar el respeto a la legalidad y a las disposiciones legales en todo momento.

iii- Evolución histórica y momento actual. Siempre es importante conocer como se ha transformado este concepto de intervención telefónica a lo largo del tiempo. Si bien en un principio, con la CE, no había una legislación específica sobre esta diligencia de investigación, los cambios sociales y tecnológicos que hemos sufrido han propiciado, junto al enorme peso que han tenido las llamadas de atención del TEDH, que se regulara la materia, primero con la LO 4/1988. Por primera vez se dotaba de cobertura legal a estas intervenciones y ya no sería exclusivamente la jurisprudencia la cual fuera rellenando el vacío existente. Recientemente se promulgó la reforma de la LECrim con la LO 13/2015 que solventó ciertas carencias existentes y denunciadas por la doctrina y por el mismo TEDH. En la actualidad el texto legal es completo, y aunque no podemos obviar que la jurisprudencia tiene camino por delante a la hora de despejar ciertas incógnitas, parecen haberse solventado numerosas carencias. Se reconocen además en esta Ley las comunicaciones telemáticas adaptando el contenido y el lenguaje a la sociedad actual.

iv- Objetivos y procedimiento. Hemos desarrollado el procedimiento a seguir para llevar a cabo la medida de intervención telefónica y telemática y hemos podido comprobar, en primer lugar, la capital importancia de la autorización judicial para llevarla a cabo, ya que sin ella todo acto quedará inválido. El ámbito objetivo también queda delimitado: Investigaciones referidas a delitos de terrorismo, delincuencia organizada o dolosos con pena límite de tres años, estos delitos serán investigados de este modo centrándonos en los terminales o medios de comunicación habitualmente utilizados por el investigado. De este modo buscaremos el cumplimiento de las funciones y objetivos señalados, que son, una función probatoria y una función investigadora, esto es, aclarar los hechos delictivos. Podemos ver que hay multitud de posibilidades, pudiendo bien realizar la grabación y escucha de las llamadas, o simplemente el registro de las mismas, el origen de estas, la frecuencia... o la propia

agenda de contactos del terminal. No obstante, todo ello ha de ser especificado en el auto de adopción de la medida, el cual debe de estar correctamente motivado sin faltar a la legalidad; dicho auto reflejará todo lo necesario con respecto a la injerencia, desde la duración, las causas, las medidas a seguir, el control y cualquier otro aspecto de ésta. Dentro de este aspecto también se ha de destacar el secreto de sumario y su necesidad para que el investigado no sepa de la observación de sus comunicaciones telefónicas y, por último, la posibilidad de que la medida afecte a terceras personas si esto es estrictamente necesario para el éxito de la misma y siempre y cuando se respeten los principios estipulados.

v- **Eficacia probatoria.** Hacemos referencia a que se trata de pruebas preconstituidas, que no son más que aquellas que se realizan frente al mismo Juez de Instrucción y no frente a aquel que en una situación normal le correspondería la práctica de la prueba, es decir ya durante la vista, pero que no dejan de cumplir todas las garantías inherentes al proceso. De la prueba también hay que tener en cuenta, y además se encuentra estrechamente relacionado con las escuchas telefónicas, los conceptos de prueba ilícita y prueba prohibida, dos tipos de prueba ilícitamente obtenidas. En cuanto a las pruebas ilícitas, estas son obtenidas con el quebrantamiento de leyes procesales pero el contenido del Derecho Fundamental no se ve perjudicado y por tanto no siempre van a ser objeto de nulidad. Por otro lado, las pruebas prohibidas sí constituyen una lesión al núcleo del Derecho Fundamental y sí son anulables, no solo ellas mismas sino que según la *doctrina de los frutos del árbol envenenado*, doctrina iniciada en EEUU y aplicada parcialmente por nuestros Tribunales, todas las actuaciones que deriven de lo obtenido por esa prueba prohibida serán nulas y no podrán afectar en modo alguno al proceso. De tal modo que si una intervención se adopta faltando a los principios necesarios, lesionaría el Derecho al secreto y por ello todo lo averiguado en base a la misma sería inválido.

De este modo y con estos cinco apartados quedan sintetizadas las conclusiones del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

20 Minutos. “Pinchazos Telefónicos” ¿Quién los autoriza? ¿Pueden hacerse a cargos públicos? ¿Hay límite?. <http://www.20minutos.es/noticia/1707604/0/fiscalia-general/escuchas-telefonicas/cargos-publicos/>

ALCAIDE GONZÁLEZ, José Manuel. *La Prueba Ilícita Penal, decadencia y extinción*. Málaga. 2013.

ALONSO SALGADO, Cristina. *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*. Salamanca. 2013.

ARAUJO LÓPEZ, Juan Ramón. *Las Pruebas Penales*. www.monografias.com

ASENCIO MELLADO, Jose María. *La Intervención de las Comunicaciones y la Prueba Ilícita*. Alicante. 2011.

BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las Diligencias de Investigación Restrictivas de los Derechos Fundamentales*, en BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús, *Aspectos Fundamentales del Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2015.

BOIX PALOP, Andrés. *Secreto de Sumario*, en ‘No se trata de hacer leer’. Blog de www.lapaginadefinitiva.com. 2009.

BUENO JIMÉNEZ, Mauricio. *Las Intervenciones Telefónicas: Doctrina General a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre*. Noticias Jurídicas. Fecha de consulta: 25 de abril.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, “*Ciberdelincuencia e investigación criminal. Las nuevas medidas de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, I Jornada del Boletín del Ministerio de Justicia: «Las reformas del proceso penal»

CÁMARA ARROYO, Sergio. *Secreto de las Comunicaciones*, en *Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales*. Madrid. 2012.

CASANOVA MARTÍ, Roser. “*La problemática en la duración de una intervención telefónica*”. *Revista de Derecho Procesal*. 2012. Núm. 1. Pgs: 459- 472.

CASANOVA MARTÍ, Roser. *Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: Especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un*

proceso penal distinto, en FUENTES SORIANO, Olga. *El Proceso Penal, cuestiones fundamentales*. Valencia. 2017. Pgs.: 327- 337.

CAVERO FORRADELLAS, Gerardo. *La nueva regulación de las intervenciones telefónicas en la ley de enjuiciamiento criminal*. Barcelona (Fiscalía Provincial). 2015.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*. Madrid. 1984.

DE LLERA SUÁREZ- BÁRCENA, Emilio. “*El Régimen Jurídico Ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*”, en *Poder Judicial*. 1986. Pgs.: 757-772.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *El Marco Constitucional de la Prueba Penal*. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel en, *La Prueba Ilícita Penal*. Navarra. 2000. Pgs.: 27- 34.

DEL RIO MARTÍNEZ, Francisco. *¿Cómo se realizan las escuchas telefónicas?*. Qué aprendemos hoy. Jurídico. <http://queaprendemoshoy.com/como-se-realizan-las-escuchas-telefonicas/>

DÍAZ CABIALE, Jose Antonio y MARTÍNEZ MORALES, Ricardo. “*La Teoría de la conexión de antijuridicidad*”, en *Jueces para la Democracia*. Marzo de 2002. Nº 43. Pgs.: 39- 50.

FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo. “*El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal*”. *Poder Judicial*. 1993. Nº 32, pg.: 18- 25.

FUENTES SORIANO, Olga. *Comunicaciones Telemáticas: Práctica y valoración de la prueba*, en FUENTES SORIANO, Olga. *El Proceso Penal, cuestiones fundamentales*. Valencia. 2017. Pgs.: 277- 297.

GARCÍA GIL, Javier. *La Prueba en los Procesos Penales*. Madrid. 1996.

GARZÓN FLORES, José María. *Intervención de las comunicaciones y escuchas*. Madrid. 2016.

GIMENO BREVIÁ, Jordi. *Principales Novedades de la Reforma de la LECrim 2015. Dossier Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. 2015. Aranzadi.

GIMENO SENDRA, Vicente. “*La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas y Electrónicas*”. *El Notario del Siglo XXI*. Marzo- Abril de 2017. Nº 72. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-39/697-la-intervencion-de-las-comunicaciones-telefonicas-y-electronicas-0-2863723191305737>

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid. 2004.

GINER ALEGRÍA, César Augusto. “*Prueba Prohibida y Prueba Ilícita*”. *Anales del Derecho*. 2008. Nº 26. Pgs.: 579- 590.

GONZÁLEZ CANO, Mauricio. *La Prueba ilícitamente obtenida*. www.mauricioabogados.com

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. “*El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita*”. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Diciembre de 2005. V. 18, Nº 2 Pgs.: 187- 211.

GONZÁLEZ GUITIÁN, Carlos. *Escuchas Clandestinas realizadas por Funcionarios Públicos*. A Coruña. 1986.

GONZÁLEZ I JIMÉNEZ, Albert. “*Las Diligencias Policiales como supuesto de Prueba Preconstituida y su incorporación al proceso*”. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*. Diciembre e 2014. Nº 2/2014. Pgs.: 521- 548.

GUIARD ABASCAL, María Dolores. *La Reforma Procesal, novedades en la interceptación de las comunicaciones*. Guadalajara. 2016.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto. “*Las escuchas telefónicas: Medio probatorio en el proceso penal*”. *Actualidad Penal*. 1992. Pgs.: 331- 337.

JAMARDO LORENZO, Andrea. “*La Preconstitución de la Prueba en el Proceso Penal*”. *Diario la Ley*. Enero de 2017. Nº 8906. <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000240887/20170116/La-preconstitucion-de-la-prueba-en-el-proceso-penal>

JIMÉNEZ CAMPOS. *Comentarios a la Legislación Penal*. (Tomo VII). 1986.

Jóvenes Letrados. *Secreto de Sumario*. www.jovenesletrados.es

LINARES SAN ROMÁN, Juan. *La valoración de la prueba*. www.derechocambiosocial.com.
<http://www.derechocambiosocial.com/revista013/la%20prueba.htm>

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás Vicente. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Tenerife. 1991.

MARCA MATUTE, Javier. *El Imputado y el Anticipo Probatorio*. ABEL LLUCH, Xavier y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, en, *Estudios sobre Prueba Penal*. Madrid. 2013. Pgs.: 203- 272.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid. 2015.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. *La Doctrina del fruto del árbol envenenado*. 2015. www.noticias.juridicas.com

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “*La Prueba Ilícita: La Regla de Exclusión Probatoria y sus excepciones*”. *Revista Catalana de Seguretat Publica*. Mayo de 2010. Pgs.: 131- 151.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “*Concepto de prueba procesal*”, en, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Primera parte. 2010.

MONTAÑÉS PARDO, Miguel Ángel. *La Intervención de las Comunicaciones*. Pamplona. 1999.

MONTERO AROCA, Juan. *La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Valencia. 1999.

MONTERO, Daniel. “*Así funciona el Gran Hermano policial*”. *El Español*. 31 de mayo de 2016.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia. 2015.

MORENO CATENA, Víctor Manuel y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal, Proceso Penal*. Madrid. 1993.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. *La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en España*. Castilla de La Mancha. 2016. www.cienciaspenales.net

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio. “*Escuchas telefónicas, alcance constitucional y procesal*”. *Revista del Ministerio Fiscal*. Nº 1. 1995. Pgs.: 113- 154.

NAVARRO FENECH, Antonio. *Formularios de investigación y prueba en el proceso penal*. Granada. 1997.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La Recuperación de la Privacidad de las Comunicaciones*. Noticias Jurídicas.

Noticias Jurídicas. *Nulidad de la prueba de intervención telefónica obtenida sin justificarse suficientemente su necesidad por la policía*. www.noticias.juridicas.com

PÉREZ MORALES, Mónica. *Temas de derecho procesal penal*. Murcia. 2016

PICÓ I JUNOY, Joan y CASANOVA MARTÍ, Roser. *La intervención de las comunicaciones telefónicas y postales*, en ABEL LLUCH, Xavier y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel, *Estudios sobre prueba penal*. Madrid. 2012. Pgs.: 131- 169.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *La Prueba Prohibida: Evolución jurisprudencial*. Navarra. 2014.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Barcelona. 2010.

RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel. *Las diligencias de instrucción*, en RODRIGUEZ-RAMOS LADARIA, Gabriel y DÍEZ RIAZA, Sara. *Litigación penal*. 2017. Barcelona. Pgs.: 93- 152.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Los Derechos Fundamentales Materiales*, en GIMENO SENDRA, Vicente; TORRES DEL MORAL, Antonio; MORENILLA ALLARD, Pablo y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*. Madrid. 2007. Pgs.: 525- 661.

TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La Prueba Ilícita Penal*. Madrid. 1997.

VALVERDE MEJÍAS, Roberto. *Intervención de Comunicaciones Telemáticas y Registro Remoto*. Barcelona. 2015

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Investigación Tecnológica de Delitos: Disposiciones Comunes e Interceptaciones Telefónicas y Telemáticas*. 2015.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. “Investigación procesal penal de redes, terminales, dispositivos informáticos, imágenes, GPS, balizas, etc.: la prueba tecnológica”. *Diario La Ley*, 4 Nov. 2013. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/comunicación%20es

[crita%20Sr%20Velasco%20Núñez%20\(2\).pdf?idFile=67ffe5f2-ec57-4f93-a9bd-2bb3dcae78b3](#)

VIADA BARDAJÍ, Salvador. *Intervenciones Telefónicas y estructura del proceso penal*. EIDerecho.com. 2010.

vLex España. <https://practico-penal.es/vid/intervenciones-telefonicas-391379966>

Wolters Kluwer Guías Jurídicas, *Escuchas Telefónicas*. www.guiasjuridicas.es

Wolters Kluwer. Guías Jurídicas, *Prueba Preconstituída*. www.guiasjuridicas.es

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencias TEDH

STEDH de 6 de septiembre de 1978, Caso Klass y otros contra Alemania. F.J.: 2º. (TEDH 1978/1)

STEDH de 26 de marzo de 1985, Caso X e Y contra Países Bajos. F.J.: 2º (TEDH 1985/4)

STEDH de 25 de marzo de 1998, Caso Kopp contra Suiza,. F.J.: 1º (TEDH 1998/9)

STEDH DE 18 de febrero de 2003, Caso Prado Burgallo contra España. F.J.: 1º (TEDH 2003/6)

STEDH, de 8 de noviembre de 2016. Caso Figueiredo Teixeira contra Andorra. F.J.: 7º. (TEDH 2016/101)

Sentencias TC

STC 55/1982 de 26 de julio de 1982. F.J.: 2º. (RTC 1982/55).

STC 114/1984 de 29 de noviembre de 1984. F.J.: 6º. (RTC 1984/114).

STC 137/1985 de 17 de octubre de 1985. F.J.: 1 y 2º. (1985/137).

STC 13/1985, de 31 de enero de 1989. F.J.: 3º. (RTC 1989/13).

STC 37/1989, de 15 de febrero de 1989. F.J.: 8º. (RTC 1989/317).

STC 85/1994 de 14 de marzo de 1994, F.J. 3º. (RTC 1994/85).

STC 54/1996 de 26 de marzo de 1996. F.J.: 8º. (RTC 1996/54)

STC 221/1997, de 4 de diciembre. F.J.: 4º. (RTC 1997/221)

STC 49/1999 del 5 de abril de 1999, F.J. 4º. (RTC 1999/49).

STC 49/1999, de 5 de abril de 1999. F.J.: 12º. (RTC 199/49)

STC 299/2000 de 11 de diciembre del 2000. F.J.: 5º. (RTC 2000/299)

STC 104/2006 del 3 de abril de 2006, F.J. 4º. (RTC 2006/104).
STC 197/2009 de 28 de septiembre de 2009. F.J.: 7º. (RTC 2009/197)
STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011. F.J.: 4º. (RTC 2011/37)
STC 145/2014 de 22 de septiembre de 2014. F.J.: 4º. (RTC 2014/145)
STC 145/2014, de 22 de septiembre de 2014. F.J.: 7º. (RTC 2014/145)

Sentencias TS

STS 1424/1993 de 18 de junio de 1993. F.J.: 1º. (RJ 1993/5191).
STS 187/1996 de 1 de marzo de 1996. F.J.: 2º. (RJ 1996/1892)
STS 517/1996, de 12 de julio. F.J.: 3º. (RJ 1996/5959)
STS 711/1996 de 19 de octubre de 1996. F.J.: 1º. (RJ 1996/7834)
STS 914/1996 de 10 de diciembre de 1996. F.J.: 5º. (RJ 1996/9038).
STS 692/1997 de 7 de noviembre de 1997. F.J.: 3º. (RJ 1997/8348)
STS 844/2002, de 13 de mayo de 2002. F.J.: 2º. (RJ 2002/6711)
STS 694/2003 de 20 de junio de 2003. F.J.: 4º. (RJ 2003/4359).
STS 1231/2003, de 25 de septiembre de 2003. F.J.: 4º. (RJ 2003/6376)
STS 182/2004, de 23 de abril de 2004. F.J.: 2º. (RJ 2004/3191)
STS 96/2009, de 10 de marzo de 2009. F.J.: 3. (RJ 2009/3284)
STS 223/2012 de 20 de mayo de 2012. F.J.: 1º. (RJ 2012/4072).
STS 393/2012, de 29 de mayo de 2012. F.J.: 2º. (RJ 2012/6565)
STS 1073/2012, de 29 de noviembre de 2012. F.J.: 2º. (RJ 2012/11082)
STS 510/2013 de 14 de junio de 2013. F.J.: 1º. (RJ 2013/8065).
STS 395/2014, de 13 de mayo de 2014. F.J.: 2º. (RJ 2014/2961)
STS 154/2016, de 29 de febrero de 2016. F.J.: 4º. (RJ 2016/600)
STS 204/2016, de 10 de marzo de 2016. F.J.: 7º. (RJ 2016/1114)

STS 270/2016, de 5 de abril de 2017. F.J.: 3º (RJ 2016/3058)
STS 277/2016, de 6 de abril de 2017. F.J.: 1º. (RJ 2016/1325)
STS 271/2017, de 18 de abril de 2017. F.J.: 6º. (RJ 2017/1709)
STS 279/2017, de 19 de abril de 2017. F.J.: 2º. (RJ 2017/2675)
STS, de 24 de mayo de 2017. F.J.: 1º. (JUR 2017/187932)