

## TESIS DOCTORAL

La intervención de las comunicaciones telefónicas:  
grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y  
consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia

Anna Marco Urgell

---

Director:

Dr. Rafael Rebollo Vargas

Bellaterra, octubre 2010

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público



Universitat Autònoma de Barcelona

## AGRAÏMENTS

---

El més sincer agraïment al Dr. Rafael Rebollo, director d'aquesta tesi, per la seva confiança, la seva absoluta dedicació i ajuda inestimable al llarg de l'elaboració tan del treball previ d'investigació com de la present tesi, sense el qual aquesta tesi no hagués estat possible.

També vull agrair el constant suport personal del meu company professional Antoni Casals, en tot moment comprensiu de la dificultat de compaginar la vida professional amb l'acadèmica i principal responsable que aquesta tesi sigui avui una realitat.

Finalment donar també les gràcies als meus familiars i amics més propers per la seva paciència, comprensió i suport en tot moment.

ÍNDICE .....	i
Relación de abreviaturas.....	v

I. INTRODUCCIÓN.....	2
----------------------	---

## **CAPÍTULO I**

### **CONCEPTO DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA Y ANÁLISIS DE OTROS ASPECTOS FUNDAMENTALES: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

---

1. Consideraciones generales.....	9
1.1) Orígenes históricos.....	9
1.1.1) Precedentes históricos en nuestro país.....	9
1.1.2) Notas de Derecho Comparado.....	15
2. Ámbito normativo .....	24
2.1) Situación existente antes de la reforma de la LECrim: la aportación de la jurisprudencia del T.C. y del T.S. ....	24
2.2) Derecho positivo vigente en nuestro ordenamiento jurídico .....	38
2.2.1) Consideraciones previas .....	38
2.2.2) Normativa promulgada con posterioridad a la reforma de la L.E.Crim. ....	45
3. Concepto de intervención telefónica .....	53
3.1) El concepto de “comunicación”.....	53
3.2) El concepto de “secreto” .....	53
3.3) El concepto de “intervención telefónica”.....	66
4. Titulares del derecho .....	72
4.1) Las personas físicas .....	74
4.1.1) Menores .....	74
4.1.2) Extranjeros .....	76
4.1.3) Concursados .....	77
4.1.4) Internos en establecimientos penitenciarios .....	84
4.1.4.1) Comunicaciones genéricas .....	86
4.1.4.2) Comunicaciones de los internos con el Abogado defensor y con el Procurador que le represente .....	93
4.1.4.3) Comunicaciones con profesionales autorizados .....	97
4.1.4.4) Comunicaciones entre internos .....	97
4.2) Las personas jurídicas .....	100
5. La relevancia del consentimiento .....	107
6. Breve análisis del derecho fundamental afectado .....	110
7. Requisitos para la adopción de una medida de intervención telefónica .....	122

7.1) Exclusividad jurisdiccional y procedimiento legalmente establecido.....	123
7.2) Existencia de indicios delictivos.....	130
7.3) Principio de proporcionalidad y subprincipios que lo integran.....	136
7.3.1) Delitos que justifican la injerencia en el secreto de las comunicaciones.....	138
7.3.2) Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad.....	145
a) El subprincipio de necesidad.....	146
b) El subprincipio de idoneidad.....	147
c) La finalidad de la medida.....	149
d) El principio de especialidad.....	150
7.4) El deber de motivación.....	159
7.4.1) Análisis del deber de motivación de la resolución judicial sobre la autorización de intervención de la comunicaciones.....	159
7.4.2) Deber de motivación de la resolución judicial de prórroga de la medida de intervención telefónica.....	172
7.5) Control judicial de la medida de intervención telefónica.....	175

## **CAPÍTULO II**

### **INJERENCIA EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICA**

---

1. Consecuencias jurídicas de la ilicitud de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones:	
1.1) ¿Es lícita la autoinjerencia o grabación de las conversaciones propias?.....	193
1.1.1) Análisis doctrinal.....	194
1.1.2) Análisis jurisprudencial.....	205
2. Límite a la grabación de las conversaciones propias: derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (art. 24.2º C.E.).....	223
2.1) Posiciones doctrinales.....	223
2.2) Análisis jurisprudencial.....	232
2.2.1) Análisis de la doctrina jurisprudencial del T.S.....	234
2.2.2) Análisis de la doctrina jurisprudencial del T.C.....	241
3. Efectos de la intervención de las comunicaciones del imputado con su Abogado defensor.....	249
3.1) Sobre la posibilidad de excepcionar la inviolabilidad de las comunicaciones con Abogados.....	257
3.2) Tratamientos del control de las comunicaciones entre el Abogado defensor y el cliente en otros Ordenamientos Jurídicos.....	263
3.2.1) Francia.....	264
3.2.2) Italia.....	265
3.2.3) Alemania.....	267
4. Grabación de las conversaciones propias en el ámbito civil.....	271
4.1) Tratamiento procesal en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.....	271
4.2) Eficacia de las pruebas ilícitas en el ámbito civil.....	275
4.3) Supuestos concretos: análisis jurisprudencial.....	278

## **CAPÍTULO III**

### **LOS HALLAZGOS CASUALES: UNA CUESTIÓN CONTROVERTIDA**

---

1) Concepto de hallazgo casual.....	299
2) Ampliación objetiva.....	301
2.1) Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	302
2.2) Los hallazgos casuales en las diligencias de entrada y registro.....	312
2.3) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	323
3) Ampliación subjetiva.....	330
3.1) Situación existente en nuestro Ordenamiento Jurídico.....	330
3.2) Análisis de la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H.....	338
a) STEDH de 06.09.1978 caso Klass.....	339
b) STEDH de 24.04.1990 caso Kruslin .....	343
c) STEDH de 24.09.1997 caso Lambert.....	346
d) STEDH de 29.03.2005 caso Matheron.....	347
4) ¿Son utilizables los datos obtenidos fortuitamente?	
Validez probatoria de los descubrimientos casuales.....	350
4.1) Situación existente en nuestro Ordenamiento Jurídico.....	350
4.2) Apuntes sobre los hallazgos casuales en otros Ordenamientos Jurídicos.....	367

## **CAPÍTULO IV**

### **CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD DE LA INJERENCIA EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: EL PROBLEMA DE LA PRUEBA INDIRECTA O REFLEJA**

---

1. Efectos de la medida de intervención telefónica.....	375
1.1) Efectos probatorios: concepto de prueba ilícita.....	378
1.1.1) Posiciones doctrinales.....	378
1.1.2) Breve análisis de la cuestión en el Derecho Comparado.....	387
1.1.3) Evolución jurisprudencial del concepto de prueba ilícita.....	391
a) Etapa inicial: STC 114/1984, de 24 de noviembre.....	392
b) 2ª etapa: STC 81/1998, de 2 de abril.....	410
c) 3ª etapa: ¿Evolución o involución tras la doctrina de la STC 81/1998?.....	418
2. Excepciones a la prueba refleja.....	419
2.1) La confesión voluntaria del inculpado.....	421
2.2) El hallazgo o descubrimiento inevitable.....	437
2.3) La excepción de la buena fe.....	445
3. Tratamiento procesal de las pruebas ilícitas: análisis de los arts. 11.1 y art. 238 de la L.O.P.J.....	456
3.1) La doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado.....	456

3.2) Análisis del art. 11.1 de la L.O.P.J.....	460
a) “No surtirán efecto”.....	461
b) “Las pruebas obtenidas”.....	463
c) “Directa o indirectamente”.....	463
d) “Violentando”.....	466
e) “Derechos o libertades fundamentales”.....	467
3.3) Análisis del art. 225 de la L.E.C. y del art. 238.3 de la L.O.P.J.....	471
3.4) La problemática de las pruebas irregulares.....	477
3.4.1) Posiciones doctrinales.....	477
3.4.2) Análisis jurisprudencial.....	482
3.5) El Sistema Legal de Interceptación de Comunicaciones (SITEL).....	492
II. CONCLUSIONES.....	499
III. BIBLIOGRAFÍA.....	507
IV. RELACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	517

## ABREVIATURAS

---

A.T.C.	Auto del Tribunal Constitucional
A.T.S.	Auto del Tribunal Supremo
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado
C.Com.	Código de Comercio
C.E.	Constitución Española
C.E.D.H.	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales
C.P.	Código Penal
D.O.C.E.	Diario Oficial de la Comunidad Europea
F.F.J.J.	Fundamentos Jurídicos
F.J.	Fundamento Jurídico
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.E.Crim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.O.	Ley Orgánica
L.O.G.P.	Ley Orgánica General Penitenciaria
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
L.O.P.M.	Ley Orgánica del Poder Militar
L.O.R.C.	Ley Orgánica Reforma Concursal
R.D.	Real Decreto
R.P.	Reglamento Penitenciario
S.S.T.C.	Sentencias del Tribunal Constitucional
S.S.T.S.	Sentencias del Tribunal Supremo
S.T.C.	Sentencia del Tribunal Constitucional
S.T.E.D.H.	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
S.T.S.	Sentencia del Tribunal Supremo
T.E.D.H.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## **INTRODUCCIÓN**

---



## I. INTRODUCCIÓN .-

Los constantes avances tecnológicos y progresos técnicos que ha experimentado el sector de las comunicaciones electrónicas en nuestra sociedad, han conllevado nuevas formas de comunicación hasta la fecha impensables tales como la telefonía móvil, el correo electrónico fijo o en movilidad (blackberry) o las redes sociales (facebook, twitter o tuenti), entre muchas otras. Sin embargo, las nuevas plataformas de comunicación interpersonal propias de la sociedad de la información también suponen la aparición de nuevas vías de ataque o de injerencia en los derechos fundamentales, por lo que resulta necesario que se redefinan sin perder su identidad para otorgar la debida protección jurídica a los ciudadanos y adaptarse a la nueva realidad social.

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

Como ya tuvimos ocasión de comentar en el trabajo de investigación previo a la presente tesis, las escuchas telefónicas pueden ser definidas como un medio o instrumento para obtener o descubrir los secretos transmitidos a través de cualquier dispositivo de comunicación interpersonal que, atendida su naturaleza, cumplen una doble función: por un lado desempeñan una importante faceta investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser

entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental).

Ahora bien, en un sistema procesal penal regido por el principio acusatorio formal la prueba no cumple tan sólo la función inmediata de lograr la convicción judicial, sino que la prueba entendida como actividad es, también, la garantía de un proceso justo.

En este sentido, el derecho a un proceso con todas las garantías requiere que se haya practicado una mínima actividad probatoria de cargo y atendido el lugar preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, la prueba ha de ser obtenida respetando la eficacia de tales derechos, por lo que, como veremos a lo largo del presente trabajo, han de limitarse determinados métodos de búsqueda y obtención de prueba (art. 11.1 de la L.O.P.J.). En definitiva, la convicción judicial en un Estado democrático y de Derecho no puede obtenerse a cualquier precio sino que ha de ser siempre con fundamento en medios de prueba concretos, específicos y lícitos.

Así, una de las líneas fundamentales del presente trabajo será analizar cuál es el tratamiento y la solución que deben darse a cuestiones francamente complejas que surgen constantemente en la esfera de la intervención de las comunicaciones y que desafortunadamente no tienen respuesta ni reflejo en el ámbito normativo. A título de ejemplo, el propio art. 579 de la L.E.Crim. guarda silencio sobre los límites a establecer respecto de las

informaciones obtenidas por medio de las intervenciones telefónicas.

En cuanto a la sistematización de la tesis, el Capítulo Primero está dedicado al estudio de cuestiones básicas tales como la regulación positiva en nuestro país, los titulares del derecho y los controles y requisitos que deben observarse en la autorización de la medida. Aspectos que estimo fundamentales para el planteamiento posterior de otras cuestiones más complejas como la grabación de las conversaciones propias, que son tratadas más adelante. Por otro lado, el Capítulo conformó, básicamente, la tesina correspondiente a los cursos de doctorado, si bien, ahora, se han madurado conceptos, se ha reflexionado sobre las críticas y se han incorporado las sugerencias y los comentarios realizados por la Comisión que en su momento lo evaluó.

En una sociedad cada vez más compleja debido en gran medida a las innovaciones tecnológicas que constantemente se suceden debe darse respuesta, entre otras cuestiones, a la problemática relativa a la grabación de las conversaciones propias o también llamada *autobugging* así como a sus límites. Reflexiones que, como se verá en su momento, tratan de dirimir el valor probatorio de una práctica que resulta cada vez más frecuente.

Por otro lado, haremos especial referencia a la particularidad del régimen de las comunicaciones entre el Abogado defensor y el imputado, cuestión en modo alguno pacífica y de innegable actualidad, en el que analizaremos si el derecho de defensa permite la conversión de la información obtenida en auténticas pruebas

para su incorporación al juicio y, en consecuencia, su posterior valoración por el órgano jurisdiccional a la hora de fundamentar la sentencia.

Otra cuestión que se trata en el Capítulo Tercero, y que a nuestro juicio es fundamental, es el análisis de los denominados hallazgos casuales. Como es fácilmente imaginable, no es infrecuente que como consecuencia de una medida de intervención telefónica se obtenga información indiciaria de otros hechos delictivos ajenos a la investigación en curso o, bien, de la participación de terceras personas distintas al sujeto pasivo de la objeto de la intervención. Situación de la que, como tendremos ocasión de comprobar, se deriva un conflicto con una doble vertiente. En primer lugar, desde el ámbito objetivo de la investigación, pueden descubrirse infracciones criminales que no están previamente amparadas por el ámbito de la autorización; y, por otro lado, desde una perspectiva subjetiva, es factible el que se detecte la participación de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa o relacionadas con la misma. En definitiva, se trata de dilucidar si el conocimiento de las nuevas circunstancias dispondrá o no de validez probatoria y en su caso qué requisitos deben concurrir para que ello sea posible.

Finalmente el último Capítulo tiene por objeto el análisis de los efectos que la medida de intervención telefónica puede dar lugar y, concretamente, la delimitación de las consecuencias jurídicas de la ilicitud de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. Cuestión particularmente compleja cuya muestra más evidente reside incluso en la denominación de determinados

conceptos ya que los que tradicionalmente han utilizado la doctrina y la jurisprudencia no coinciden. A este respecto, se ha formado en Estados Unidos una sólida doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias jurídicas de la obtención de una prueba ilícita, por lo que veremos cuál ha sido la evolución jurisprudencial que dicha materia ha experimentado en nuestro sistema y la influencia que ha recibido de otros países con un corpus jurisprudencial y doctrinal más sólido para, finalmente, analizar la opción acogida por el legislador español en orden a la posibilidad de otorgar o descartar la eficacia probatoria de las pruebas que se hayan obtenido directa o indirectamente violentando derechos o libertades fundamentales.

Para concluir, debemos añadir que una de las mayores dificultades para la elaboración del trabajo ha venido presidida por la insuficiente y, porqué no, precaria regulación normativa de la institución procesal de la intervención de las comunicaciones en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no hace más que poner de manifiesto la imperiosa necesidad de una (más que reforma) auténtica regulación que de una forma concisa y detallada normativice los presupuestos para la adopción de una medida de injerencia en el derecho consagrado en el art. 18.3 C.E., las garantías que deben observarse, el tratamiento que debe darse a los hallazgos casuales y la concreción de las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad de una intervención.

Por último, es imprescindible poner de manifiesto que el trabajo se desarrolla de forma multidisciplinar entre el Derecho Penal, el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional. Aún y

siendo conscientes del riesgo que se desprende de ello nos pareció más acertado tratarlo desde distintos ámbitos para analizar algunos de los problemas que se desprenden de una cuestión tan controvertida, lo cual implica que no hayamos examinado cuestiones relacionadas con los tipos penales que convergen en estos casos o bajo los cuáles sería posible subsumir alguno de los comportamientos ilícitos que se desprenden de las escuchas ilegales. Sin embargo, una vez ponderada esa posibilidad y dada la densidad y complejidad de los problemas dogmáticos que se desprenden de estos supuestos (a lo que cabe añadir la última reforma del Código penal introducida mediante la LO 5/2010, de 22 de junio que, como es sabido, entre otras cosas ha supuesto una modificación de enorme calado del artículo 197 del Código penal) optamos por el estudio de sólo algunos de los problemas que se desprenden de las escuchas ilegales.

## **CAPÍTULO I**

### **CONCEPTO DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA Y ANÁLISIS DE OTROS ASPECTOS FUNDAMENTALES: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

---

## **1) Consideraciones generales**

### **1.1) Orígenes históricos**

#### **1.1.1) Precedentes históricos en nuestro país**

El derecho al secreto de las comunicaciones que consagra el art. 18.3 de la Constitución Española<sup>1</sup> (C.E.), fue reconocido por primera vez en el año 1790 en un Decreto de la Asamblea Nacional Francesa (de 10.08.1790) según el cual “le secret des lettres est inviolable”, por tanto, la protección concernía exclusivamente a la correspondencia escrita<sup>2</sup>.

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

---

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

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



debido a la inexistencia de este tipo de comunicaciones (tégase en cuenta que la invención del teléfono fue en el año 1.876)<sup>3</sup>.

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

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

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

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

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

---

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

concluirse que únicamente podía acordarse por virtud de Auto debidamente motivado<sup>4</sup>.

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

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

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

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

Como puede observarse, el referido precepto hace por primera vez referencia tanto al derecho como a la libertad de las comunicaciones. Actualmente a pesar de que el art. 18.3 C.E. únicamente habla de “secreto”, la doctrina jurisprudencial es unánime al entender que si bien explícitamente se garantiza el secreto de las comunicaciones, implícitamente se protege también la libertad de las mismas<sup>5</sup>.

---

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

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

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

Por orden cronológico, procede indicar que tras las elecciones generales de 15.06.1977, que formaron las nuevas Cortes constituyentes, el Congreso de los Diputados ejerció la iniciativa constitucional que le otorgaba el art. 3 de la Ley para la Reforma Política<sup>6</sup>, y en julio de ese mismo año el Pleno acordó la creación de una Comisión Constitucional a fin de que redactara un proyecto de Constitución.

La sesión constitutiva de la Comisión se celebró el día 01.08.1977 y en la misma se nombró una Ponencia que habría de redactar el Anteproyecto de Constitución<sup>7</sup>. La Revista de las Cortes Generales, núm. 2 (1984) publicó las minutas y las actas de la Comisión<sup>8</sup>.

---

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

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

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

El Anteproyecto de Constitución fue publicado en el B.O.C. nº 44 de 5 de enero de 1978<sup>9</sup>, junto con los votos particulares de los ponentes, estableciendo respecto del derecho al secreto de las comunicaciones: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, salvo mandato judicial”.

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

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

---

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

<sup>10</sup> El Informe de la Ponencia así como las enmiendas propuestas respecto del mismo, también se hallan en la página web del Congreso de los Diputados: [www.congreso.es/public\\_oficiales/LO/CONG/BOGC/BOC\\_082.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/BOGC/BOC_082.PDF).

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

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

El Dictamen de la Comisión dio la redacción definitiva al actual art. 18.3 C.E<sup>11</sup>, en el sentido de recoger ya la fórmula “salvo resolución judicial”, precepto que fue aprobado al igual que los arts. 16 y 17 por 309 votos a favor y ninguno en contra, con una abstención<sup>12</sup>.

---

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

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

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

### 1.1.2) Notas de Derecho Comparado

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 C.E. ha sido reconocido también en el art. 12<sup>13</sup> de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10.12.1948<sup>14</sup>, aprobada por la Resolución 217 (III).

El art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (C.E.D.H.)<sup>15</sup>, firmado en Roma el 04.11.1950 proclama el derecho al respeto a la

---

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

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

<sup>15</sup> “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la prorección de los derechos y libertades de los demás”.

vida privada y familiar así como el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.1966<sup>16</sup>, aprobado por la Resolución 2200 (XXI) (B.O.E. n° 103, 30 de abril de 1977).

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

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

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

---

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

debía someterse a un control eficaz del Poder Judicial a fin de evitar prácticas abusivas en la intimidad de los particulares.

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

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

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

---

<sup>17</sup> Para un análisis detallado de la jurisprudencia del T.E.D.H. respecto de las escuchas telefónicas, puede consultarse RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000. págs. 244 y ss.



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

Un ejemplo de ello es el art. 15 de la Constitución italiana<sup>18</sup> de 1947 así como el art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>19</sup> de 1949. Al margen de su previsión constitucional la normativa procesal de los citados países (Italia y Alemania) establece una pormenorizada regulación del medio de investigación de las intervenciones telefónicas a diferencia de lo que sucedía en nuestro ordenamiento jurídico hasta que no tuvo lugar la reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y concretamente de su art. 579) por

---

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

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

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

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

virtud de L.O. 4/1988, de 25 de mayo<sup>20</sup>, extremo que será abordado al analizar la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico.

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

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

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

---

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

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

Asimismo se dispone cuál ha de ser el contenido de la autorización debiéndose describir los datos identificativos de la persona contra la que se dirija, la clase, extensión y duración de la medida (con un plazo máximo de tres meses, susceptible de prórroga por semejante período y de cesar ya los presupuestos que determinaron su adopción, el cese inmediato de la intervención).

Respecto a la incorporación posterior del material obtenido con las intervenciones telefónicas en el proceso, no se halla regulada por ley, sino que ha sido la jurisprudencia quien ha establecido que, o bien se reproduce la cinta magnetofónica ante el Juez, o bien se transcribe su contenido y se introduce como prueba documental<sup>23</sup>.

En efecto nuestro T.C. ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez como prueba de las intervenciones telefónicas, equiparándolas a la prueba documental. Así lo ha sostenido desde sus primeras resoluciones<sup>24</sup>, como es el caso de la S.T.C. 128/1988, de 27 de junio (RTC 1988/128) en la cual afirmó que las cintas magnetofónicas constituyen medios de prueba de carácter documental, de los que el Juzgador penal puede valerse para formarse su convicción.

---

<sup>23</sup> Este es el criterio unitario mantenido por la doctrina tal y como ya tendremos ocasión de comentar a lo largo del presente trabajo.

<sup>24</sup> Éste también es el criterio recogido por la S.T.C. 190/1992, de 16 de noviembre (RTC 1992/190) que señaló en su F.J. 3º: “la misma existencia de intervenciones telefónicas legalmente autorizadas con fines de investigación judicial avala la consideración como medio de prueba de las conversaciones así grabadas, pues, de otro modo, semejante procedimiento resultaría inútil a los pretendidos efectos”.

Igual opinión mantiene el T.S., el cual en su S.T.S., de 05.02.1988 (RJ 1988/857) destacó que las relaciones de medios probatorios de las leyes de procedimiento no tienen el carácter de exhaustivas, en cuanto configuran una ordenación acorde con el momento en que se promulgan. Es por ello por lo que estimó que los avances técnicos, en sus variadas formas, deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal Italiano, aprobado por Decreto del Presidente de la República de 22.09.1988, dedica dentro del Título destinado a los medios de investigación, todo el Capítulo IV (arts. 266 a 271) a la intervención de las conversaciones y comunicaciones<sup>25</sup>.

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

Determina igualmente los presupuestos en que es posible su utilización, señalando que deben adoptarse en el curso de un proceso penal (investigaciones preliminares), siendo el Juez quien debe acordar la autorización de la intervención, si bien se prevé la

---

<sup>25</sup> El texto íntegro de dichos artículos puede consultarse en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., págs. 234 a 237.

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

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

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

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

Finalmente cabe apuntar que la situación en Estados Unidos<sup>26</sup> dista de la existente en el ámbito europeo, toda vez que el

---

<sup>26</sup> Para un análisis más detallado del ordenamiento jurídico de Estados Unidos, puede consultarse a modo de ejemplo, RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, págs. 20 a 22 y 33 a 39.

derecho al secreto de las comunicaciones no es reconocido como derecho independiente en su Constitución Federal sino como un aspecto más del derecho a la intimidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha realizado desde principios del siglo XX una intensa labor de interpretación de diversas Enmiendas de su Constitución hasta reconocer que el derecho al secreto de las comunicaciones, se halla reconocido por la IV Enmienda de la Constitución Federal<sup>27</sup>.

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

Representantes de numerosas organizaciones civiles y expertos en Derecho consideran que muchos preceptos de la *Patriot Act* son anticonstitucionales y constituyen un grave ataque a los

---

<sup>27</sup> La IV Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, la cual había sido interpretada tradicionalmente en el sentido que el bien jurídico protegido era el derecho a la propiedad privada, prescribe: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad en sus personas, casas, papeles y efectos contra registros, arrestos y embargos irrazonables, ni se librárá al respecto ningún mandamiento sin probabilidad fundada, apoyado por juramento o declaración formal, y sin descripción minuciosa del lugar a registrar y de las personas o cosas que deben ser arrestadas o embargadas”.

derechos fundamentales y a las libertades civiles dentro y fuera de Estados Unidos, bajo el pretexto de garantizar la “seguridad nacional”.

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

## **2) Ámbito normativo**

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

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

El art. 579 de la L.E.Crim. regulaba hasta la Ley de 1.988 antes citada, únicamente la intervención de la correspondencia

escrita<sup>28</sup>, si bien a pesar de ello, la jurisprudencia admitía la validez probatoria de la intervención telefónica. Así se desprende entre otras, de las S.S.T.S., 2ª, de 05.02.1988 y de 05.10.1990, en las cuales se consideró que a pesar de no haberse promulgado todavía la L.O. 4/1988 cuando se efectuaron las escuchas, ello no suponía que tal medida careciera de cobertura legal por cuanto ya estaba en vigor el art. 18.3 de la C.E.

Más concretamente, la S.T.S. de 05.02.1988 (RJ 1998/857), analiza el recurso de casación interpuesto por los procesados que fueron condenados por la Audiencia Provincial de Barcelona como autores de un delito de contrabando y de un delito contra la salud pública, los cuales alegaban que las cintas grabadas no pueden ser consideradas como pruebas de cargo por cuanto las voces registradas no eran las suyas y no se practicó ninguna prueba sobre las mismas.

El T.S. tras admitir que a pesar de que la prueba de las intervenciones telefónicas no está regulada en la L.E.Crim. y que no existen normas específicas sobre los requisitos exigibles y los criterios a seguir, hay que atender a la realización práctica de la prueba, y como ésta fue conforme a Derecho<sup>29</sup>, la misma debe estimarse lícita<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Art. 579 L.E.Crim. según redacción anterior a la L.O. 4/1988, era literalmente el vigente apartado 1º del referido precepto:

“Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

<sup>29</sup> Efectivamente, en el caso enjuiciado la prueba fue acordada de acuerdo con el art. 18.3 C.E., se decretó por Auto judicial motivado, hubo un control



El T.S. en su Sentencia de 05.10.1990 (RJ 1990/7680), al examinar un caso en que los procesados habían sido condenados también como autores de un delito contra la salud pública, reconoció que cuando la intervención telefónica fue acordada, ésta no estaba regulada en la L.E.Crim., si bien la legitimidad de la medida quedaba amparada por el art. 18.3 C.E.

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

Por el contrario, la doctrina mayoritaria no compartía el mismo criterio y sostenía que la medida de intervención telefónica no quedaba amparada con el art. 18.3 C.E. En este sentido, se pronunció RODRÍGUEZ RAMOS<sup>31</sup>, según el cual todas las escuchas telefónicas acordadas desde la entrada en vigor de la C.E.

---

judicial efectivo de su ejecución así como transcripción del contenido de las cintas por el Secretario judicial.

<sup>30</sup> El F.J. 1º, letra E, de la S.T.S. 05.02.1988 (RJ 1998/857), ponente Exmo. Sr. Ruiz Vadillo, dispone:

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

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Colex, 9ª edición, Madrid, 1997, págs. 403 y 404.

hasta la modificación del art. 579 L.E.Crim., debían ser declaradas nulas.

Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO<sup>32</sup>, consideraba que el contenido del art. 18.3 C.E. y especialmente su frase “salvo resolución judicial” era insuficiente para acordar una medida de intervención telefónica concretamente sostenía que: “Es indispensable el desarrollo normativo que concrete y determine los límites de actuación en la aplicación de la medida violatoria de un derecho fundamental”.

Respecto de la situación existente antes de la reforma de la L.E.Crim., es especialmente ilustrativa la S.T.S. de 07.11.1997 (RJ 1997/8348), la cual hace expresa mención en su F.J. 3º a la ausencia de normativa reguladora de las escuchas telefónicas antes de la reforma de la L.E.Crim. y cómo la doctrina y la jurisprudencia han interpretado la L.O. 4/1988, estableciendo detalladamente los requisitos exigidos para la licitud de la adopción de una medida de intervención telefónica<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1991, pág. 166. Este autor recoge la opinión de otros como MORENO CATENA, Victor, partidarios también de una necesaria regulación pormenorizada de la medida de interceptación, postura que es contraria a la sostenida por un sector doctrinal representado por FARIÑAS MATONI y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA que defienden aplicar analógicamente la regulación de la L.E.Crim. para la detención y apertura de la correspondencia a las intervenciones telefónicas.

<sup>33</sup> El F.J. 3º de la S.T.S. 07.11.1997 es del tenor literal siguiente:

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

La referida sentencia versaba sobre la intervención de conversaciones telefónicas a fin de indagar sobre las irregularidades que se estaban produciendo en las subastas judiciales, y declaró que efectivamente se habían producido unas nulidades parciales puesto que durante un breve lapso de tiempo se grabaron conversaciones telefónicas sin la preceptiva autorización judicial, si bien las mismas no contaminaban el resto de pruebas obtenidas lícitamente y que además del resto de pruebas obrantes en las actuaciones (declaraciones de testigos y acusados) ya existían suficientes indicios de implicación de determinadas personas en la comisión de los hechos que justificaban la adopción de una medida judicial de entrada y registro en los locales ocupados por los acusados.

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

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

Respecto a la normativa penitenciaria, ésta se hallaba configurada por la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria<sup>34</sup>, la cual será objeto de análisis en el apartado relativo a los titulares del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E.

En el ámbito civil la norma que existía con anterioridad a la reforma de la L.E.Crim. era La L.O. de 5 de mayo de 1982 de Protección del honor, la intimidad y la propia imagen, cuyo art. 7º regula las escuchas telefónicas entre las violaciones del derecho a la intimidad<sup>35</sup>.

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

---

<sup>34</sup> Posteriormente se promulgó el R.D. 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento Penitenciario, el cual también comentaremos en el apartado relativo a los titulares del derecho reconocido en el art. 18.3 C.E.

<sup>35</sup> El art. 7.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo (B.O.E. 14.05.1982) es del tenor literal siguiente: “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley:

1. (...)

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

El T.S. trató de resolver esta situación en el llamado caso Naseiro, Auto de 18.06.1992 (RJ 1992/6102) el cual hizo un completo análisis de los requisitos exigibles a fin de que las escuchas telefónicas fuesen válidas, y en definitiva, aptas para servir de base de una sentencia condenatoria. Con posterioridad han sido muchas las resoluciones que se han dictado por este Alto Tribunal, así como por el Tribunal Constitucional, que se han remitido a la importante doctrina sentada por el Auto de 18.06.1992.

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

En el caso enjuiciado, cuya investigación se había iniciado por un posible delito contra la salud pública, se produjeron diversas irregularidades graves, tales como ausencia de motivación y precisión de los correspondientes autos por los que se había autorizado las intervenciones telefónicas (además hubo una autorización “verbal” cuando debería haber revestido la forma de Auto), la disociación entre el titular del teléfono y la persona sospechosa, la disociación entre autorización (narcotráfico) e investigación (cohecho) tal y como se desprendía del contenido de las primeras conversaciones, tampoco se tuvo en consideración que había implicado un Diputado, no se hizo entrega de las cintas

originales al Juzgado, sino tan sólo de copias, ausencia de control judicial de la ejecución de la medida, y del principio de proporcionalidad. La concurrencia de todas estas circunstancias llevó al T.S. a declarar la inadmisibilidad de la prueba ilegalmente obtenida.

En el ámbito europeo, es de destacar la Sentencia dictada por el T.E.D.H. en fecha 30.07.1998, caso Valenzuela Contreras, en la cual el Alto Tribunal puso de manifiesto que en nuestro ordenamiento jurídico no existían las garantías legales suficientes que diesen cobertura a la adopción de medidas de intervención telefónica<sup>36</sup>.

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

---

<sup>36</sup> Para un análisis más detallado de la S.T.E.D.H. 30.07.1998, puede consultarse RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia penal*, ob.cit., págs. 291 a 296.

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

No obstante, el Alto Tribunal concluyó que a pesar de ello y de los considerables esfuerzos del legislador español de incluir en la normativa española las exigencias del C.E.D.H., éstos aún no habían tenido su traducción normativa cuando se acordó la intervención de la línea telefónica del Sr. Contreras en el año 1985<sup>37</sup>. Además el T.E.D.H. apuntó que en su Sentencia de 02.08.1984 (caso Malone contra el Reino Unido) ya había establecido que la ley debe emplear los términos suficientemente claros para indicar a todos de manera adecuada las circunstancias y las condiciones en las que se habilita a los poderes públicos para realizar atentados secretos al derecho al respeto de la vida privada

---

<sup>37</sup> Además el T.E.D.H. también pone de manifiesto que cuando se acordó la medida de intervención telefónica aún no se había dictado el importante Auto T.S. de 18.06.1992 (caso Naseiro) que estableció las directrices y pautas de interpretación de las escuchas telefónicas de conformidad con la reforma del art. 579 L.E.Crim. por virtud de L.O. 4/1988, de 25 de mayo, sino que únicamente existía el art. 18.3 C.E.

y de la correspondencia, por lo que estimó que la legislación española incumplía esta necesaria previsión legal<sup>38</sup>.

Finalmente el T.E.D.H. concluyó que se había violado el art. 8 del C.E.D.H., si bien denegó su petición por apreciar falta de relación de causalidad entre dicha violación y los perjuicios materiales alegados consistentes en el pago de la multa impuesta por la condena de un delito de amenazas.

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

---

<sup>38</sup> Resulta de especial interés transcribir el razonamiento n° 61 de la S.T.E.D.H. (caso Valenzuela Contreras):

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



jurisprudencial del T.E.D.H. puesto que consideró que no le correspondía<sup>39</sup>.

Los presupuestos de hecho de la causa que dio origen al proceso de amparo se desencadenaron a partir de la intervención telefónica de los números de teléfono de dos ciudadanos de nacionalidad marroquí que fue autorizada por un Juzgado de Instrucción de Ceuta y llevada a efecto por los miembros del Grupo de Investigación Fiscal y Antidroga de la Guardia Civil de Málaga, que descubrió la realización de importantes operaciones de tráfico de drogas, averiguándose a resultas de las transcripciones de las escuchas telefónicas que estaban implicadas más personas, cuyos números telefónicos también fueron intervenidos por un Juzgado de Instrucción de Málaga. Es importante señalar que las intervenciones telefónicas tuvieron lugar entre el mes de diciembre de 1986 y abril de 1987.

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

---

<sup>39</sup> Concretamente, el F.J. 5º, 7º párrafo, de la S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, era del tenor literal siguiente: “En primer lugar, ha de precisarse que, obviamente no nos corresponde ahora analizar si, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1988, de 25 de mayo ( RCL 1988\1136), en el art. 579 de la LECrim se han cumplimentado, desde la perspectiva de las exigencias de certeza dimanantes del principio de legalidad, las condiciones a que acaba de hacerse mención”.

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

Los motivos de queja eran básicamente tres: En primer lugar entendían que la medida de intervención telefónica debería haber sido adoptada en el seno de un proceso penal de los regulados en la L.E.Crim. y no en el curso de unas diligencias indeterminadas, por lo que interesaban la nulidad probatoria de todas las escuchas telefónicas. En segundo lugar, alegaban ausencia de control judicial (puesto que no habían sido remitidas todas las cintas al Juez, algunas estaban transcritas en lengua árabe y no había intervenido un intérprete debidamente habilitado) y por último, consideraban infringido el principio de contradicción atendido que las cintas no habían sido reproducidas en el juicio oral.

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

1ª) La primera directamente imputable al Legislador por no haber establecido una regulación procesal que cubriera las exigencias de calidad y certeza que la Ley exigidas por el art. 18.3

C.E. puesto en relación con el art. 8 C.E.D.H. El Alto Tribunal llega a dicha conclusión en el F.J. 5<sup>o</sup><sup>40</sup> de dicha resolución el sostener que en el momento procesal en que se dictaron las autorizaciones judiciales impugnadas, esto es, antes de la reforma del art. 579 LECrim, no se establecían los presupuestos necesarios para llevar a cabo un juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y el interés constitucionalmente protegible que había que obtener, ni tampoco se había arbitrado un sistema que permitiese la efectiva contradicción y el derecho de defensa de los inculpados.

2<sup>a</sup>) El T.C. entiende que a pesar de una inicial vulneración imputable al Legislador, los Órganos Jurisdiccionales podrían haber suplido en la práctica dicha vulneración si hubiesen seguido las pautas y criterios ya establecidos por la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H.<sup>41</sup>. Sin embargo, las resoluciones judiciales dictadas no fueron conformes a los principios de necesidad y certeza exigidos, por lo que se produjo una segunda vulneración, que conllevó la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

---

<sup>40</sup> El F. J. 5<sup>o</sup> de la S.T.C. 49/1999 dispone: “Por lo tanto, en el presente caso, al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el TEDH en el caso Valenzuela antes citado, que el ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escuchas, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del ordenamiento jurídico español, puesto de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE”.

<sup>41</sup> Es importante tener en consideración la tesis del Voto particular emitido por el Magistrado Cruz Villalón a la S.T.C. 49/1999 en apoyo de la idea de que para el T.E.D.H. basta la insuficiencia de la Ley para concluir la vulneración del art. 8.1 C.E.D.H sin necesidad de ulterior examen de la actuación judicial.

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

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

## **2.2) Derecho positivo vigente en nuestro ordenamiento jurídico**

### **2.2.1) Consideraciones previas**

Antes de hacer referencia a las diferentes normas que se han promulgado con posterioridad a la reforma de la L.E.Crim. por virtud de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, considero indispensable analizar dos sentencias que nuevamente han realizado una dura crítica a la situación de nuestro ordenamiento jurídico tras la mencionada reforma del art. 579 L.E.Crim<sup>42</sup>, en lo que a la normativa de las escuchas telefónicas se refiere: la S.T.E.D.H. de 18.02.2003 caso Prado Burgallo vs España y la S.T.C. 184/2003, Pleno, de 23 de octubre.

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

Ante todo procede indicar que el referido art. 579 L.E.Crim. aún se considera insuficiente por un determinado sector de la

---

<sup>42</sup> El apartado 1º del actual art. 579 L.E.Crim. es literalmente el antiguo art. 579 al que viene a sustituir, de modo que sólo el resto del precepto (apartados 2º, 3º y 4º) constituye una novedad.

doctrina<sup>43</sup> y parte de la jurisprudencia estima necesaria una clarificación legislativa<sup>44</sup> del mismo.

Dicho ello procede el análisis de ambos pronunciamientos:

---

<sup>43</sup> Así lo entienden entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 41 señala respecto al contenido del art. 579 L.E.Crim. que no sólo es insuficiente “sino oscuro, contradictorio y, en fin, lamentable en atención a la importancia de la materia sobre la que inciden” y en parecido términos en las págs. 136 y 137; LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Ed. Akal, 1989, pág. 182 al advertir respecto de la actual regulación del art. 579 L.E.Crim que: “Llama poderosamente la atención la escasez normativa. Por primera vez se regula en nuestro país el tema de las intervenciones telefónicas, del que no resulta ocioso repetir que se trata de la limitación de un derecho fundamental, y nos encontramos únicamente con dos apartados, lacónicos y a todas luces insuficientes”.

En el mismo sentido, YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro: “*Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003*”, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 6/2003, Pamplona, 2003, señaló: “(...) el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permanece inmutable desde su reforma no obstante presentar lagunas que lo separan del mínimo contenido necesario (...), bastará con acudir a la jurisprudencia y a la más cualificada doctrina para encontrar continuas llamadas de atención acerca de la insuficiencia de los requisitos contenidos en el artículo referido para la adopción de la medida de las conversaciones telefónicas como método de investigación judicial”. También se ha mostrado abiertamente crítica con el actual redactado del art. 579 L.E.Crim, LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 105 y ss., al calificar la normativa sobre la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones como: “una regulación parca y oscura con la que la garantía constitucional que consagra el art. 18.3º C.E. no parece cumplidamente satisfecha”.

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

<sup>44</sup> A modo de ejemplo cabe citar la S.S.T.S. de 15.04.1999, que habla de deficiente regulación legal, que ha quedado completada por la labor de la jurisprudencia, así como S.T.S. de 12.07.2005 (RJ 2005/6773), la cual respecto de las intervenciones telefónicas dispuso lo siguiente:

“ (...) Hasta el momento, no se ha conseguido una jurisprudencia clara ni, por supuesto, pacífica, como acredita sobradamente la simple lectura de las sentencias que, sobre el particular, han dictado tanto este Tribunal, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Situación que lógicamente demanda una clarificación legislativa”. Confróntese estas resoluciones con la S.T.S., Sala Penal, 26.02.1998 (RJ 1998/1467), para la que nuestro ordenamiento jurídico es extremadamente parco en este ámbito, concluyendo que a pesar de ello existe un cuerpo sólido de sentencias del Alto Tribunal que determina los requisitos de validez de las intervenciones telefónicas.

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

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

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

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

El demandante interpuso recurso de casación contra dicha resolución por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, que dio lugar a la S.T.S, 2ª, de 31.10.1994 (RJ 1994/9076), la cual confirmó la sentencia recurrida a excepción de lo que hacía referencia al arresto subsidiario por impago de multas, que suprimió. Concretamente el T.S. consideró que en el caso examinado la injerencia estaba justificada atendida la gravedad del delito y además dispuso que la legislación aplicable (el art. 579 L.E.Crim.), el cual calificó de deficiente, había sido aplicado de conformidad con los estándares exigidos por la jurisprudencia del T.E.D.H.

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

El T.E.D.H. estima que se ha vulnerado el art. 8 del C.E.D.H. toda vez que si bien es cierto que la reforma del art. 579 L.E.Crim. supuso un innegable avance y que las lagunas han sido paliadas en parte por la doctrina jurisprudencial española, las garantías introducidas por dicho Cuerpo Legal no respetan las condiciones exigidas por la jurisprudencia del T.E.D.H. para evitar abusos<sup>45</sup>, y

---

<sup>45</sup> Concretamente el T.E.D.H. se refiere a las garantías establecidas por sus S.S. de Kruslin y Huvig contra Francia, de 24.04.1990, en las que se exigía: a) que la medida de injerencia tuviese una base en el derecho interno de cada país, es decir, que estuviese prevista en la ley, b) además que ésta (ley) fuese de calidad, en el sentido que el Derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra atentados arbitrarios de los poderes públicos a los derechos garantizados



que además las intervenciones telefónicas se ordenaron con anterioridad a dicha evolución<sup>46</sup>.

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

Los recurrentes en amparo, que fueron condenados por los delitos de cohecho y de falsificación de documentación mercantil<sup>47</sup>, aducen diversas vulneraciones: de los derechos a la tutela judicial efectiva y al secreto de las comunicaciones (arts. 24.1 y 18.3 C.E. respectivamente), a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia (ambos previstos en el art. 24.2 C.E.) y a la legalidad penal (art. 25.1 C.E.)

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

1º) Sostienen la insuficiencia de la norma legal habilitante (art. 579 L.E.Crim. reformado por la L.O. 4/1988) para la restricción del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. por cuanto estiman que dicha norma no satisface las exigencias de

---

en el art. 8.1 del C.E.D.H., y c) que se trate de normas claras y detalladas a fin de que la persona afectada pueda conocer en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos para adoptar medidas restrictivas de tales derechos.

<sup>46</sup> El T.E.D.H. dispuso expresamente que la Ley que habilite la medida ha de ser previa al momento en que se autorice.

<sup>47</sup> La demanda de amparo se dirigía contra las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla de 28.12.1999 y del T.S., 2a, de 19.07.2001 (RJ 2003/6472).

la jurisprudencia del T.E.D.H. al interpretar el art. 8.1 del C.E.D.H. que se concretan básicamente en dos requisitos: que la medida de intervención telefónica se fundamente en Derecho interno, esto es, que exista una Ley en sentido formal y amplio que prevea la posibilidad de dicha medida y que la norma reguladora sea asequible al ciudadano para que adecue su conducta- calidad de la Ley (conforme doctrina jurisprudencial del T.E.D.H.)-, es decir, que las normas sean precisas, claras y detalladas (F.J. 3°).

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

Especialmente interesantes y acertados son los razonamientos del Alto Tribunal respecto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por los recurrentes. El T.C. en su F.J. 7° concluye que la declaración de inconstitucionalidad del precepto únicamente conllevaría mayor inseguridad jurídica, puesto que los poderes públicos inaplicarían la citada norma mientras por el legislador no se completase las deficiencias del indicado precepto. Es por ello, por lo que considera que es una labor del legislador suplir las deficiencias de que adolece la normativa vigente en el sentido de completar el art. 579 L.E.Crim.

Finalmente, el T.C. tras un detallado análisis de las circunstancias concurrentes y un pormenorizado repaso a la jurisprudencia del T.E.D.H., reconoce que el art. 579 L.E.Crim. en

su redacción dada por la L.O. 4/1988, adolece de vaguedad y continúa siendo insuficiente por indeterminado para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones interpretado conforme al art. 10.2 C.E. en relación con el art. 8 del Convenio de Roma.

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

El T.C. consideró que se había producido una vulneración del art. 18.3 C.E. a la vista de las mencionadas irregularidades y en consecuencia declaró que las intervenciones telefónicas practicadas eran nulas<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Sin embargo cabe precisar que el T.C. tras analizar cada una de las irregularidades denunciadas, consideró que no todas ellas se habían producido.

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

A fin de disponer de un marco normativo claro de la regulación del secreto de las comunicaciones existente en la actualidad en nuestro país, procede citar por orden cronológico, que por lo que respecta a la jurisdicción especial militar, los arts. 188 y 189 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (L.O.P.M.) establecen los requisitos para acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado<sup>49</sup>.

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

- La Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, prevé la posibilidad de acordar medidas de intervención telefónica<sup>50</sup>. Dicha

---

<sup>49</sup> Art. 188 de la L.O.P.M.: “Podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención”.

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

<sup>50</sup> Artículo único La Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo: “1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”.

Ley se aprobó como complemento de la anterior Ley 11/2002, de 6 de mayo, por la que se creó el Centro Nacional de Inteligencia que, sustituye al Centro Superior de Información de la Defensa, y establece el control judicial previo (art. 12).

- La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

- Otra novedad significativa la encontramos en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (L.O.R.C.), por la que se modifica la L.O. 6/1985, del Poder Judicial, cuyo artículo 1<sup>o</sup><sup>51</sup>, prevé entre los efectos del concurso la

---

<sup>51</sup> El art. 1 de la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal es del tenor literal siguiente:

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

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

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

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

3<sup>a</sup>. La entrada en el domicilio del deudor y su registro.

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

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

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

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

posibilidad de intervenir las comunicaciones telefónicas del concursado<sup>52</sup>.

En sintonía con la L.O.R.C. se halla la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, la cual regula también de una forma más genérica la injerencia en el secreto de las comunicaciones en su art. 41 respecto de la correspondencia, la residencia y la libre circulación del deudor<sup>53</sup>.

La L.O.R.C. constituye sin duda alguna un cambio sustancial respecto de la regulación precedente de restricción de derechos individuales de la persona del concursado o quebrado conforme a la L.E.C. de 1881 y el Código de Comercio de 1829<sup>54</sup>, que preveían la posibilidad de intervenir la correspondencia y el

---

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

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

<sup>52</sup> El Informe al Anteproyecto de L.O.R.C., por la que se modifican la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal así como el Informe al Anteproyecto de Ley Concursal, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, puede consultarse en la página *web* [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

<sup>53</sup> El art. 41 de la Ley 22/2003 bajo la rúbrica “Efectos sobre las comunicaciones, residencia y libre circulación del deudor” dispone lo siguiente: “Los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación serán los establecidos en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal.

<sup>54</sup> El procedimiento del concurso de acreedores se hallaba regulado en los arts. 1173.1º, 1.176 y 1.177 de la L.E.C. aprobada por R.D. de 03.02.1881 y la quiebra en los arts. 1.044.6º y 1.058 del C.Com. de 1829, complementados por los arts. 1.338 y 1.339 de la L.E.C. de 1881.

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

- La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, (B.O.E. núm. 264, de 04.11.2003) regula en su art. 33 bajo la rúbrica del “secreto de las comunicaciones”<sup>55</sup> el deber de los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas de garantizar el secreto de las comunicaciones.

- En el ámbito europeo hallamos el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, Acto del Consejo de 29.05.2000 (publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 12 de julio de 2000), el cual fue ratificado por España en fecha 27.01.2003 y entró en vigor en nuestro país el 23.08.2005 (B.O.E. 28.10.2005)<sup>56</sup>.

Atendido que los sistemas judiciales son distintos en cada país, el Consejo de la Unión Europea adoptó el referido Convenio para facilitar la ayuda judicial mutua entre las autoridades

---

<sup>55</sup> Concretamente dispone: “Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar el secreto de las comunicaciones de conformidad con los artículos 18.3 y 55.2 de la Constitución, debiendo adoptar las medidas técnicas necesarias.

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

<sup>56</sup> El citado Convenio aún no ha entrado en vigor en Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Reino, tal y como puede consultarse en [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2005/17758&xtlen=1000](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=2005/17758&xtlen=1000).

competentes de los Estados miembros (policías, aduanas y tribunales) en diversas materias tales como objetos robados, creaciones de equipos comunes de investigación o la práctica de una prueba pericial o testifical por videoconferencia) con el fin de que la cooperación penal resulte más rápida y eficaz.

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

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

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



sea precisa, se informará obligatoriamente al otro Estado miembro de que se ha producido una interceptación.

- Procede destacar la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). El art. 5 de dicha Directiva dispone que los Estados miembros garantizarán la confidencialidad de las comunicaciones, y de los datos de tráfico asociados a ellas, realizadas a través de las redes públicas de comunicaciones y de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público<sup>57</sup>.

Dicha regulación se completa con la Directiva 2002/21/CE, de 7 de mayo de 2002, relativa a un marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco).

Junto a la regulación en distintos ámbitos del control de las comunicaciones específicas, referenciado hasta ahora, no podemos pasar al próximo apartado sin mencionar los sistemas de vigilancia global de las comunicaciones, que afectan a todo el mundo con carácter permanente. Así encontramos a ECHELON<sup>58</sup> que es el nombre que se ha dado a un sistema de interceptación de

---

<sup>57</sup> En particular se prevé que prohibirán la escucha, la grabación el almacenamiento u otros tipos de intervención o vigilancia de las comunicaciones y los datos de tráfico asociados a ellas por personas distintas de los usuarios, salvo cuando dichas personas estén autorizadas legalmente a hacerlo de conformidad con el apartado 1 del art. 15.

<sup>58</sup> Para más información: <http://www.libertaddigital.com/opinion/nachogarcia-mostazo/la-red-espia-global-8719/>.

comunicaciones a escala mundial en el que participan los departamentos de inteligencia de cinco países: Estados Unidos, el Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, en el marco del acuerdo llamado “UKUSA” que data de 1947. Está dirigida por la NSA norteamericana (National Security Agency) y la agencia británica de Comunicaciones Gubernamentales (GCHQ).

Se considera que la red ECHELON fue diseñada para el control de las comunicaciones gubernamentales, diplomáticas, militares y civiles en todo el mundo<sup>59</sup>.

Se le atribuye la capacidad de ejercer una vigilancia simultánea de la totalidad de las comunicaciones. Así todo mensaje enviado por teléfono, fax, Internet o correo electrónico puede captarse mediante estaciones de interceptación de comunicaciones por satélite y satélites espías, lo que permite conocer su contenido.

Ello es posible porque ECHELON cuenta con unos superordenadores especiales denominados “Diccionarios”, que son capaces de almacenar un amplio banco de datos sobre objetivos específicos partiendo de un nombre, una dirección, un número telefónico u otros criterios seleccionados. Además utiliza sistemas muy avanzados de detección de voz capaces de captar palabras clave, de tal modo que al “escuchar” una de estas palabras, graban automáticamente las conversaciones.

---

<sup>59</sup> GARCÍA MOSTAZO, Nacho: *Libertad vigilada*, Ediciones B, Barcelona, 2003, pág. 18.

El Parlamento Europeo en fecha 05.09.2001 aprobó la Resolución sobre la existencia de un sistema mundial de interceptación de comunicaciones privadas y comerciales (sistema de interceptación ECHELON). Dicha resolución insta a todos los Estados miembros a que examinen y en caso necesario, adapten su propia legislación a fin de que las actividades de los servicios de inteligencia sean conformes con los principios fundamentales establecidos en el C.E.D.H. y con la jurisprudencia del T.E.D.H..

A pesar de tales buenos propósitos, la realidad es que tras los trágicos acontecimientos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, no han hecho sino más que proliferar nuevos planes de control de toda actividad que resulte sospechosa para la seguridad de los Estados Unidos, siendo un claro ejemplo de ello la llamada USA PATRIOT ACT (aprobada en octubre de 2001), la cual amplía las atribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estados Unidos para recoger información de los Proveedores de Acceso a Internet (ISP) sin necesidad de orden judicial, compartirla con otros cuerpos policiales del Gobierno o vigilar en la Red indiscriminadamente<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Además diversos medios de comunicación en el mismo año 2001 dieron cuenta de la existencia de un plan, Total Information Awareness (TIA) que rastrea diariamente miles de millones de transacciones bancarias, comunicaciones, compras, viajes, documentos de identidad o historiales médicos y laborales de ciudadanos de todo el mundo a los que tienen acceso instantáneo los servicios secretos de Estados Unidos.

### 3) Concepto de intervención telefónica

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

#### 3.1) El concepto de “comunicación”

El art. 18.3 de la C.E. no da una definición de qué hay que entender por “comunicación” pero según la doctrina mayoritaria<sup>61</sup> dentro del citado precepto pueden entenderse incluidos todos los medios modernos de comunicación que existen actualmente y que pueden ir apareciendo en el futuro atendida la revolución tecnológica. Piénsese a modo de ejemplo en las comunicaciones efectuadas a través de teléfonos móviles o convencionales, los sonidos o señales emitidos en la transmisión de los faxes, teletipos o videoconferencias o en el correo electrónico de Internet.

---

<sup>61</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 44. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 96 al interpretar los medios de comunicación del art. 18.3 C.E., esto es, postales, telegráficas y telefónicas apunta que: “Sea como fuere, la interpretación correcta, como es generalmente admitido, no puede ser otra que ver en la alusión a esos tres tipos de comunicación meros ejemplos que quiso ofrecer el constituyente del 78, por lo que el carácter secreto hay que predicarlo de *todo tipo de comunicación* independientemente del soporte que se utilice, siempre, claro está, que permita mantener al margen a los terceros, o sea, que se conforme como un canal cerrado. Por ello, **la protección comprende tanto las presentes formas de comunicación como las que puedan desarrollarse en el futuro y que se efectúen por canal cerrado**”. (negrilla nuestra).

Así lo entiende, entre otros, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ<sup>62</sup> que considera que no existe un “*numerus clausus*” respecto de los medios de comunicación que pueden ser objeto de vigilancia, lo cual es, sin duda positivo, si bien apunta que también tiene una dimensión negativa, en el sentido que será necesario que se cumplan las mismas garantías que las previstas para la interceptación de comunicaciones telefónicas si se desea intervenir comunicaciones no telefónicas puesto que a ellas también les es de aplicación el carácter secreto del art. 18.3 C.E.

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

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

Hay comunicaciones que se realizan por canal abierto (piénsese en la radio o la televisión) que precisamente tienen por objeto obtener la máxima difusión de la información y no

---

<sup>62</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 50.

precisamente la expectativa de secreto<sup>63</sup>. El emisor que usa un canal cerrado pretende que su mensaje llegue a una determinada persona, y este canal cerrado es el que justifica la presencia de una expectativa de secreto. Considero muy clara la afirmación de MARTÍN MORALES en el sentido que: “(...) la comunicación, cuya interceptación prohíbe la Constitución, es la realizada sin publicidad, la no susceptible, por su propia naturaleza, de ser conocida por terceros”<sup>64</sup>.

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

Así por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones se aplicará al correo electrónico, a las videoconferencias, al envío de mensajes a través de Internet, al uso del chat cuando se emplea la opción que limita la comunicación a dos interlocutores (*vis-à-vis*) o a las comunicaciones telefónicas que tienen lugar en la Red (a través de *google talk* o *skype*), mientras que a otras formas de comunicación que se realicen por canal abierto en Internet (tales

---

<sup>63</sup> Respecto de la clase de comunicaciones que no se hallan dentro de la esfera de protección del art. 18.3 C.E., RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., pág. 22 y doctrina citada por el mismo, según el cual las comunicaciones de ámbito público (televisión, radio u otros canales, cuyos destinatarios son un número indeterminado de personas), no se hallan amparadas por el art. 18.3 C.E. sino por el art. 20.1 C.E., precepto que reconoce y protege los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. El mismo criterio es sostenido por LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 21 y 22.

<sup>64</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 46.

como radio o chat entre varios interlocutores) no les será de aplicación la protección del art. 18.3 CE.<sup>65</sup>

En definitiva, según la doctrina de la misma forma que admitimos que puede intervenir una conversación oral realizada a través del teléfono o descubrirse una comunicación escrita llevada a cabo a través del medio postal (art. 579 L.E.Crim.), no existe obstáculo para que pueda controlarse una comunicación efectuada en lenguaje digital por la red informática, que podríamos englobar bajo el concepto de “comunicación electrónica”<sup>66</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia<sup>67</sup>, el T.S. ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre algunos de estos nuevos medios

---

<sup>65</sup> Así lo sostiene de forma clara FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit. págs. 99 y 100, conforme el cual los usuarios de las nuevas formas de comunicación vía Internet por canal cerrado presentan una expectativa de que se garantice su libertad de comunicación, mientras que no están cubiertas aquellas comunicaciones que se realizan por los canales abiertos de Internet, tales como los chats en que no se haya utilizado la opción limitativa de dos interlocutores, los grupos de discusión así como la radio y la televisión, toda vez que en definitiva de lo que se trata en el art. 18.3 C.E. es de no permitir el acceso a un tercero, por lo que el precepto no resulta de aplicación para las partes entre las que tiene lugar el proceso comunicativo.

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

<sup>66</sup> Así lo sostiene entre otros, TORRES MORATO, Miguel Ángel y URBANO CASTRILLO, Eduardo: *La Prueba Ilícita Penal*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 283, al incluir en el concepto de comunicaciones electrónicas toda transmisión de mensajes realizada mediante un lenguaje electrónico, es decir, que tienen su origen en la informática, ya se produzca por el ordenador o por medio de éste.

<sup>67</sup> El T.C. ya ha reconocido que debería ampliarse la noción o concepto de “comunicación” tras la revolución tecnológica que ha conllevado la informática, entre otras, S.T.C. 70/2002, 1a, de 3 de abril (RTC 2002/70) la cual dispuso expresamente: “Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento

comunicativos. A modo de ejemplo, cabe citar la S.T.S., 2ª, de 08.02.1999 (RJ 1999/291) en que los agentes de la policía judicial utilizaron un aparato técnico de interceptación de las comunicaciones (un “scanner”) para intervenir las conversaciones mantenidas a través de un teléfono móvil de titularidad particular, sin que para ello se hubiera obtenido la preceptiva autorización judicial, lo que permitió desbaratar una operación de tráfico de drogas.

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

Sirvan de muestra también la S.T.S., 2ª, de 20.12.1996 (RJ 1996/9038) relativa a la incautación por la policía de un teléfono móvil en el curso de una investigación por parricidio, y la asunción por un agente de la identidad de su titular para obtener información sobre un delito contra la salud pública que le transmitió la persona que llamó a dicho teléfono<sup>68</sup>, o la S.T.S., 2ª,

---

del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del art. 18.3 CE”.

<sup>68</sup> Concretamente el Órgano “a quo”, esto es, la Audiencia Provincial de Lérida, consideró que no se había vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones de los acusados ni que resultaba necesaria autorización judicial toda vez que no se había realizado una intervención telefónica en sentido material puesto que la Policía se había limitado únicamente a responder una



de 10.02.1998 (RJ 1998/948) referida a la colocación de aparatos de escucha en una celda para conocer las conversaciones de dos presos y obtener información sobre los graves delitos que se estaban investigando.

Respecto a los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, cabe citar la S.A.P. de Madrid, 15<sup>a</sup>, de 26.05.1999 (ARP 1999/3043), la cual realiza un análisis claro y exhaustivo sobre si nuestro ordenamiento jurídico brinda protección constitucional a las comunicaciones entre dos sujetos por vía de la telefonía móvil o celular. La A.P.Madrid, tras citar las S.T.C. 34/1996<sup>69</sup> y S.T.S. 08.02.1999 (antes citada), estimó que el teléfono móvil ha de ser considerado como teléfono tradicional o convencional a todos sus efectos<sup>70</sup>.

---

llamada de un teléfono móvil que eventualmente disponía, todo ello en base a que el secreto únicamente existe frente a terceros y no entre los interlocutores. Por contra el T.S., señaló que en el caso enjuiciado no se trataba de conversaciones espontáneas y conscientes, sino que se había mediado un tercero (la Policía) ajeno a los dos supuestos interlocutores entre los que debía llevarse a cabo la comunicación, ya que la Policía ocultó su identidad, haciéndose pasar por un conocido del otro interlocutor. Es por ello, por lo que el Alto Tribunal concluyó que se había producido una interferencia por un tercero, no disponiendo la Policía ni de potestad ni de autorización judicial para utilizar el teléfono móvil que tenía en su poder, y en consecuencia se había vulnerado el derecho fundamental del art. 18.3 C.E. de los acusados.

<sup>69</sup> S.T.C. 34/1996, 2a, de 11 de marzo (RTC 1996/34), cuyo F.J. 5 es claro al disponer que: "(...) las comunicaciones entabladas por telefonía móvil automática deben ser consideradas comunicaciones telefónicas; el teléfono inalámbrico de estas características es eso, un teléfono (...)".

<sup>70</sup> El F.J. 4<sup>a</sup> de la sentencia objeto de comentario, dispone: "Por lo demás, esta interpretación encuentra pleno respaldo en la conocida Sentencia 34/1996 (RTC 1996\34) del Tribunal Constitucional, que no dudó en señalar que, a los efectos del art. 192 bis, introducido en el Código Penal en 1984, «el teléfono inalámbrico (...) es eso, un teléfono, aunque el sonido no se transmita por cable...». Y, más recientemente, también en la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 8 de febrero de 1999 (RJ 1999\291), que confirma la ilegalidad del acceso al curso de las comunicaciones telefónicas ajenas, incluidas las de TMA, mediante la utilización de artificios técnicos, sin autorización judicial". Con posterioridad han sido dictadas numerosas sentencias por el T.S. que admitían la intervención de las comunicaciones telefónicas de un teléfono móvil (entre

En el caso enjuiciado, la Audiencia concluyó que las interceptaciones realizadas por personal del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) eran constitutivas de un delito tipificado en el art. 192 bis 1º introducido en el C.P. de 1973 por la L.O. 15.10.1984, esto, de un delito de interceptación de comunicaciones, toda vez que consideró acreditada la práctica reiterada de la actividad consistente en introducirse subrepticamente en la comunicación establecida por otras personas mediante el teléfono, sirviéndose para ello de los avanzados aparatos técnicos de que disponían, y habiéndose llevado a cabo dicha actividad con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones.

Además, precisó que se trató de actuaciones en las que nunca se dispuso de la preceptiva autorización judicial, siendo rechazada la tesis sostenida por las defensas de los acusados en orden a una teórica aleatoriedad en los sujetos pasivos de las interceptaciones telefónicas, puesto que tal y como razona la A.P. Madrid si se atiende a los años en que se produjeron las escuchas y grabación de las conversaciones (principios de los años 80), únicamente se podía tener control sobre una determinada categoría o clase social de personas (atendido el elevado coste de la telefonía móvil), de modo que en todo caso la aleatoriedad únicamente podría predicarse de las víctimas<sup>71</sup>.

---

muchas otras S.S.T.S, 2ª, de 06.06.2005 (RJ 2005/5848); de 28.06.2005 (RJ 2005/6772) y de 18.07.2005 (RJ 2005/6529).

<sup>71</sup> Se acreditó la interceptación de las comunicaciones realizadas por importantes cargos públicos (desde diversos parlamentarios y ministros, personajes públicos y hasta de S.M. el Rey Juan Carlos), publicándose en el diario “El Mundo” un estadillo de varias de las conversaciones interceptadas. En

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

Contra la citada sentencia se formuló recurso de casación, que fue desestimado por la S.T.S., 2a, de 22.03.2001 (RJ 2001/1357). Interpuesto recurso de amparo, el mismo fue estimado por la S.T.C. de 22.03.2004 (RTC 2004/39) por considerar que se había vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso público con todas las garantías, y concretamente, el contenido del derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 C.E.) siendo en consecuencia anuladas las sentencias de la Audiencia Nacional y del T.S<sup>72</sup>.

---

este contexto, al hablar de “víctimas”, la Audiencia se refiere a los interlocutores de dichos cargos públicos, esto es, ciudadanos “comunes” sorprendidos en el ejercicio de su derecho a la intimidad.

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

<sup>72</sup> Concretamente el T.C. consideró que los magistrados de la A.P.Madrid que enjuiciaron los hechos en primera instancia fueron los mismos que durante la instrucción revocaron el Auto de archivo, ordenando continuar la tramitación y la realización de diversas diligencias, por lo que el Alto Tribunal consideró que la A.P.Madrid ya había exteriorizado un juicio anticipado sobre la responsabilidad penal de los implicados, y en consecuencia, se había vulnerado el derecho de los recurrentes a la imparcialidad judicial.

### **3.2) El concepto de “secreto”**

Respecto el concepto de “secreto”, al que ya hemos hecho referencia al tratar sobre la noción de “comunicación”, ha sido objeto de numerosos estudios tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial en el ámbito de las comunicaciones telefónicas<sup>73</sup>. Si atendemos a las diversas definiciones que el Diccionario de la Real Academia Española prevé de “secreto”, cabe destacar la siguiente: “cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”.

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

De este modo, podemos afirmar que el secreto presenta una naturaleza formal al estar vinculado únicamente a la idea de comunicación y desvinculado de cualquier tipo de contenido de la misma. Precisamente en este sentido se pronunció la importante S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114) la cual en su F.J. 7º dispuso que el secreto “se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la

---

<sup>73</sup> El concepto de secreto es verdaderamente amplio puesto que cabría distinguir entre secreto público, privado y profesional, con sus respectivos contenidos, alcances y sujetos afectados. Es por ello, por lo que en el presente trabajo hemos considerado oportuno centrarnos únicamente en el concepto de secreto en el contexto de las comunicaciones telefónicas, o dicho de otro modo, en la interpretación hermenéutica relativa a la noción de secreto prevista en el art. 18.3 C.E.

comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado”<sup>74</sup>.

De todo ello se deduce que a criterio del T.C. no toda comunicación es necesariamente íntima pero sí secreta y que la protección constitucional se extiende al propio proceso de comunicación<sup>75</sup>. Respecto de si hay o no secreto entre el emisor y el receptor, sin perjuicio de que esta cuestión será objeto de análisis más adelante, procede indicar que entre ambos no hay secreto, puesto que de lo que se trata en el art. 18.3 C.E. es de no permitir la entrada o acceso de un tercero en dicho proceso comunicativo. Al no existir entre las partes un deber de reserva de lo comunicado, nada impide que uno de los interlocutores pueda retener (grabar) el contenido de una conversación, e incluso mostrarla a un tercero<sup>76</sup>.

Además la referida S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, siguiendo la S.T.E.D.H. de 02.08.1984 (caso Malone contra el Reino Unido<sup>77</sup>) dispuso que “el concepto de secreto no cubre sólo el

---

<sup>74</sup> Esta doctrina ha sido reiterada en posteriores resoluciones, en idénticos términos se pronunciaron la S.T.C. 34/1996, 2a (RTC 1996/34), en su F.J. 4º así como la S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, 1a, (RTC 2002/70), F.J. 9º.

<sup>75</sup> Así lo entiende la doctrina, entre muchos autores, LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 24 y 25.

<sup>76</sup> Este deber de reserva en general, esto es, con independencia del carácter íntimo o no de lo comunicado, únicamente podría venir impuesto por el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 C.E.

<sup>77</sup> En su Sentencia de 02.08.1984 (caso Malone) el T.E.D.H. se refería a la técnica de “comptage” la cual consiste en la utilización de un artificio técnico que registra los números marcados en un determinado teléfono, la hora y la duración de cada llamada, aunque no el contenido de la comunicación misma. El Alto Tribunal consideró que el empleo de dicha técnica por parte de la policía de Londres constituía una infracción del art. 8 del C.E.D.H. Para un análisis más detallado del citado pronunciamiento del T.E.D.H. puede consultarse RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, ob.cit., págs. 250 a 254.

contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales”. Es por ello, por lo que según MARTÍN MORALES el concepto de “secreto” del art. 18.3 C.E. “alcanza, pues, a todos los datos relativos a la comunicación” de forma que “los aspectos del proceso de comunicación que no sean notorios a terceros deben quedar también protegidos por el art. 18.3 C.E.<sup>78</sup>”. En contra de esta postura, se pronuncia RODRIGUEZ RUIZ, según la cual la definición de secreto del art. 18.3 C.E. únicamente cubre las circunstancias que rodean el proceso comunicativo en la medida en que éstas permanecen secretas respecto a terceros<sup>79</sup>.

Entre los pronunciamientos judiciales más recientes en orden al concepto de secreto consagrado en el art. 18.3 C.E., cabe citar la S.T.S. de 25.09.2003 (RJ 2003/6373)<sup>80</sup> y la S.T.C. 56/2003, Sala 2ª, de 24 de marzo (RTC 2003/56), los cuales mantienen que el secreto de las comunicaciones no cubre sólo el contenido de la comunicación sino también la identidad subjetiva de los interlocutores.

Concretamente, en la S.T.S. de 25.09.2003, el recurrente alegó la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por los funcionarios del servicio de vigilancia aduanera puesto que en el momento de su detención se intervinieron tres teléfonos

---

<sup>78</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, págs. 56 a 58.

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidación*, ob.cit., pág. 74.

<sup>80</sup> Otro pronunciamiento anterior a destacar es el Auto del T.C. n° 30/1998, 2ª, sección 4ª.

móviles, considerando que se había manipulado los mismos, teniendo acceso a los datos memorizados en éstos.

Sin embargo, el T.S., haciendo alusión a la doctrina jurisprudencial sobre la legitimidad de la indagación en la memoria del aparato móvil de la telefonía -S.S.T.S. de 03.03.2000 RJ 2000/2277; de 27.06.2000 (RJ 2000/6905), y de 25.07.2003 (RJ 2003/5393)-, concluyó que en el caso enjuiciado la policía había actuado de forma proporcional puesto que únicamente se limitó a la comprobación de unos números de teléfono, sin que dicha operación permita comprobar el destinatario de la llamada, ni el tiempo.

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

El Alto Tribunal convino con el Ministerio Fiscal que no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el cual se establece la comunicación con él<sup>81</sup>, puesto que “en otro caso, todos los teléfonos

---

<sup>81</sup> La referida S.T.C. 56/2003 a efectos de sostener la no vulneración del art. 18.3 C.E. hizo referencia a la S.T.E.D.H., sección 3a, de 25.09.2001 caso

que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 C.E”<sup>82</sup>.

Es por todo lo anteriormente expuesto por lo que la doctrina jurisprudencial califica la categoría de secreto como estrecha y funcionalmente asociada a la de intimidad, disponiendo de forma explícita la S.A.P. Madrid, sección 15ª, de 26.05.1999, antes comentada: “Y muy reflexivamente en el constitucionalismo contemporáneo y en la Constitución Española (art. 18.1º y 3º), donde el secreto opera, bajo la forma de derecho fundamental medio, como dispositivo de protección de las comunicaciones. Precisamente por ser éstas proyección genuina y vehículo de contenidos inherentes al derecho fundamental-fin que es la intimidad personal”<sup>83</sup>.

Sin embargo, cabe tener muy presente, tal y como desarrollaremos en el apartado relativo al bien jurídico protegido, que el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el

---

P.G. y J.H. (dos ciudadanos británicos) contra Reino Unido, conforme a la cual: “la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria para la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al período de tiempo de las llamadas telefónicas”. Concretamente los recurrentes alegaban que se usaron aparatos de escucha encubiertos para grabar conversaciones en un piso mientras estaban detenidos en una comisaría de policía, concluyendo el T.E.D.H. que efectivamente se había vulnerado el art. 8 del C.E.D.H.

<sup>82</sup> Es literal del F.J. 3º de la sentencia objeto de comentario.

<sup>83</sup> La referida resolución es de una claridad meridiana al establecer: “Con la protección constitucional de las comunicaciones se busca garantizar el derecho a la libertad de transmitir el propio pensamiento, de hacerlo llegar a quien también libremente se elige como destinatario, sin que otros puedan inmiscuirse en esa relación. Aquí, lo tutelado, atañente a una intimidad originaria, la del emisor, sale de esa esfera para ingresar en la, también íntima, de un tercero. De este modo, libertad y reserva, secreto y comunicación libre, son valores y derechos constitucionales unidos de forma inescindible”.



art. 18.3 C.E. protege la comunicación mientras dure el proceso comunicativo, puesto que una vez finalizado éste, la protección constitucional de lo comunicado o de lo recibido es objeto de protección por el derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E<sup>84</sup>.

### **3.3) Concepto de intervención telefónica**

Atendida la insuficiencia de la regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico sobre la intervención judicial de las comunicaciones telefónicas pese a la reforma del art. 579 L.E.Crim. por virtud de L.O. 4/1988, de 25 de mayo<sup>85</sup>, tanto la doctrina como la jurisprudencia han realizado una intensa labor a fin de tratar de

---

<sup>84</sup> Sobre la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales del secreto de las comunicaciones y de la intimidad, se pronunció la S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, 1a (RTC 2002/70), F.J. 9º, se precisa que «el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente» y que «la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos», de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación. En el mismo sentido S.S.T.C. 118/2001, 1a, de 24 de mayo (RTC 2001/118) y S.T.C. 10/2002, Pleno, de 17 de enero (RTC 2002/10), F.J.5º, las cuales si bien referidas al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.) establecen que es doctrina jurisprudencial pacífica que el derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares.

<sup>85</sup> Esta deficiente regulación legal ha sido puesta de relieve tanto por el T.S. como por el T.C. y el T.E.D.H., pudiéndose citar entre las resoluciones más recientes las S.S.T.E.D.H de 30.07.1998 y 18.02.2003 (casos Valenzuela Contreras y Prado Burgallo, respectivamente) así como las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril y 184/2003, de 24 de octubre, que ya han sido objeto de comentario en las páginas precedentes y las S.S.T.S. de 19.04.2004 (RJ 2004/3004) y S.T.S. 28.06.2005 (RJ 2005/6772).

dar un concepto de intervención telefónica lo más acorde posible con el art. 18.3 C.E. y las exigencias del art. 8 del C.E.D.H.

Respecto a la jurisprudencia del T.S. cabe destacar la doctrina establecida por la sentencia de 31.10.1994 (RJ 1994/9076) que ha sido reiterada en muchísimas resoluciones posteriores<sup>86</sup>. El criterio interpretativo del T.S. respecto el concepto de intervención telefónica era el siguiente:

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

En cuanto a la definición de intervención telefónica por parte de la doctrina, cabe destacar la que sentó LÓPEZ-FRAGOSO<sup>87</sup>, toda vez que dicha definición ha sido la que acogieron otros autores<sup>88</sup>, apreciándose únicamente unas ligeras variantes de estilo.

---

<sup>86</sup> Efectivamente, dicho concepto ha sido posteriormente aplicado por las S.S.T.S., 2a, de 20.02.1995 (RJ 1995/1201) y 19.10.1996 (RJ 1996/7834); de 04.02.1997 (RJ 1997/1275); 08.02.1997 (RJ 1997/888); 26.05.1997 (RJ 1997/4133); 02.12.1997 (RJ 1997/8762) y 22.04.1998 (RJ 1998/3811).

<sup>87</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. pág. 12. Especialmente interesante resulta el análisis pormenorizado que el citador autor realiza sobre cada uno de los elementos de la definición.

<sup>88</sup> Es el caso de FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo: “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993, p. 19, así como de NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: “Escuchas

Concretamente LÓPEZ FRAGOSO dispuso que las intervenciones telefónicas pueden definirse:

“(…) como aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado –u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse-, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar el delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios”<sup>89</sup>.

Respecto a la naturaleza jurídica de las medidas de intervención telefónica, es de destacar que tanto la doctrina<sup>90</sup> como

telefónicas: alcance constitucional y procesal”, p. 115, *Revista de Ministerio Fiscal*, núm.1, enero-junio de 1995.

<sup>89</sup> Tal vez más detallada en lo que a los requisitos de validez de la medida de intervención telefónica se refiere, es la definición que ofrecen PAZ RUBIO, José María, MENDOZA MUÑOZ, Julio, OLLE SESÉ, Manuel y RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Ed. Colex, 1999, pág. 209, conforme a los cuales: “(…) todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal, decide, mediante auto especialmente motivado, que, por la policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y dilucidar la participación del autor”.

<sup>90</sup> Es de destacar las consideraciones que LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. págs. 14 a 20, realiza sobre la naturaleza jurídica de esta medida de restricción o limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, según el cual para delimitar su naturaleza jurídica hemos de fijarnos en su propio contenido así como en sus funciones, concluyendo dicho autor al igual que la jurisprudencia, que la medida de intervención telefónica cumple: “(…) dos funciones principales, por un lado, desempeña una función probatoria, no es en sí misma un medio de prueba, sino una fuente de prueba (..) y cumple también una importante función investigadora”.

la jurisprudencia pronto fijaron una clara distinción entre las dos funciones que las referidas medidas cumplen, en el sentido de que por un lado desempeñan una importante función investigadora (medio lícito de investigación), de recabo de elementos de convicción, y por otro lado, pueden ser entendidas como medio de prueba en sí (actualmente equiparada como prueba documental<sup>91</sup>).

Sobre esta doble naturaleza jurídica de la medida de intervención telefónica, el T.S. tuvo ocasión de pronunciarse en sus sentencias, todas ellas de la Sala 2ª, de 11.10.1994 (RJ 1994/8170), F.J. 1º; 17.11.1994 (RJ 1994/9276), F.J. 5º y de 24.03.1999 (RJ 1999/2052), disponiendo esta última de forma clara en su F.J. 1º que:

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

---

<sup>91</sup> Para la validez del contenido de las conversaciones telefónicas como medio de prueba documental en el proceso penal, es preciso que se hayan aportado las cintas originales íntegras al proceso y que las partes dispongan de las mismas, previa cotización por el Secretario judicial, veáanse en este sentido, desde la S.T.C. 128/1988, de 27 de junio, 1a (RTC 1988/128), la cual apuntó: “Que las cintas son medio de prueba y, en concreto, prueba documental es algo admitido con reiteración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, pasando por las S.S.T.S., 2a, de 23.12.1994 (RJ 1994/10266); de 14.05.1996 (RJ 1996/3820); de 12.04.1997 (RJ 1997/2817); de 07.11.1997 (RJ 1997/8348); de 29.07.1998 (RJ 1998/5855); de 31.01.2005 (RJ 2005/4372); 16.05.2005 (RJ 2005/6752) y de 18.07.2005 (RJ 2005/6529), entre muchas otras.

Dicha concepción es también la seguida por la jurisprudencia, siendo un ejemplo de ello la S.T.S. de 06.11.2000 (RJ 2000/8929)<sup>92</sup>:

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

Considero particularmente interesante la problemática que LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ<sup>93</sup> planteó sobre la admisibilidad constitucional o no de la medida de intervención telefónica, habida cuenta de los derechos del inculpado a no declarar contra sí mismo (arts. 17.3 y 24.2 C.E.) y a no declararse culpable (art. 24.2 C.E.) toda vez que la finalidad principal de la medida es conseguir declaraciones autoinculpatorias del imputado, cuestión que debida a su extensión será objeto de análisis más adelante en el presente trabajo.

---

<sup>92</sup> La referida sentencia, tras enumerar de forma pormenorizada los requisitos que deben concurrir para la validez constitucional de la injerencia en el derecho fundamental del art. 18.3 C.E., consideró que las irregularidades concurrentes en el caso enjuiciado eran defectos procesales de legalidad ordinaria, lo que conllevaba que las conversaciones telefónicas no pudiesen ser valoradas como prueba, pero no deficiencias del orden constitucional, por lo que no viciaban de inconstitucionalidad la intervención telefónica ni las pruebas derivadas de la práctica de esta medida de investigación. En el mismo sentido, cabe citar la S.T.S., 2a, de 28.06.2005 (RJ 205/6772), según la cual “(...) es preciso deslindar con claridad dos niveles de control coincidentes con la doble naturaleza que pueden tener tales intervenciones ya que pueden operar en el proceso como fuente de prueba y por tanto como medio de investigación, o pueden operar como prueba directa en sí”. Asimismo, véase S.T.S, 2a, de 16.12.2005, (RJ 2005/10151).

<sup>93</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 62.

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

Éste es sin duda un razonamiento que estimo completamente lógico si partimos de la base que el derecho al secreto de las comunicaciones no está reconocido de un modo absoluto en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto, si el mismo precepto constitucional que lo reconoce ya prevé su limitación -dejando a salvo los supuestos del art. 55 de la C.E.- cuando hubiere recaído una resolución que permita desvelarlo, y concurren todos los requisitos exigidos en orden a su validez, en tal caso resultaría completamente legítima la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, y en definitiva, no supondría una infracción del art. 24.2 C.E.<sup>94</sup>.

Finalmente cabe tener en consideración que es una cuestión pacífica tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial<sup>95</sup> que las

---

<sup>94</sup> Hay que tener presente que existen ciertos valores en una sociedad democrática que pueden justificar en determinados casos la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones, como puede ser la investigación de graves hechos delictivos, siempre que exista un control judicial efectivo de la medida de intervención telefónica. Respecto a que el derecho al secreto de las comunicaciones no está reconocido de un modo absoluto, se pronunció entre muchas otras, S.S.T.S., 2a, 31.10.1994 (RJ 1994/9076) y S.T.S. 01.03.1996 (RJ 1996/1892). Asimismo RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 28 y 29.

<sup>95</sup> Entre la jurisprudencia más reciente, encontramos las S.S.T.S., 2a, de 29.04.2005 (RJ 2005/7577) y de 06.06.2005 (RJ 2005/8196), las cuales disponen de forma clara y contundente que “La audición y transcripción del contenido de las grabaciones -o el cotejo de las transcripciones efectuadas por la

intervenciones telefónicas, a pesar de las particularidades en que se realizan -la grabación y la transcripción de las mismas es una diligencia propia de la fase de instrucción y por tanto, previa al juicio oral-, ello no permite calificarla de prueba preconstituida.

#### **4) Titulares del derecho**

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

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

---

Policía con las grabaciones originales- es una diligencia propia de la fase de instrucción que no requiere la intervención de las partes, bastando para su validez la fe pública del Secretario Judicial, puesto que no se trata de una prueba preconstituida, ni la Ley Procesal exige siquiera la presencia del interesado”.

medios más sofisticados que los poderes públicos, y no únicamente por estos últimos.

La respuesta a esta nueva situación no tardó llegar en nuestro Ordenamiento jurídico por vía de los pronunciamientos judiciales de los más Altos Tribunales. Así el T.C. en su importante Sentencia n° 114/1984, 2ª, de 29 de noviembre<sup>96</sup>, dispuso que los infractores del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. podían ser terceros tanto públicos como privados, doctrina que fue posteriormente acogida por la jurisprudencia del T.S., entre otras, S.T.S., Sala de lo Social, 10.03.1990 (RJ 1990/2045), F.J. 2º.

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

---

<sup>96</sup> La S.T.C. 114/1984, de 22 de noviembre, en su F.J. 7º estableció que: “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”.

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



informáticos en el caso de la intervención de las comunicaciones en Internet-.

#### **4.1) Las personas físicas**

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

Efectivamente, es doctrina jurisprudencial pacífica, unánime y reiterada del T.S., de 20.02.1995 (RJ 1995/1201), F.J. 8º, que: “Del derecho al secreto de las comunicaciones son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad”. En el mismo sentido, S.S.T.S., de 19.10.1996 (RJ 1996/7834); 04.02.1997 (RJ 1997/1275); 26.05.1997 (RJ 1997/4133); 02.12.1997 (RJ 1997/8762) y 22.04.1998 (RJ 1998/3811).

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

##### **4.1.1) Menores**

En principio puede afirmarse que los menores de edad son titulares de todos los derechos fundamentales (arts. 14 a 29 de la C.E.) a excepción hecha de los derechos políticos, tales como el sufragio. Ahora bien, centrándonos en el ámbito del secreto de las

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

Actualmente tanto la doctrina científica<sup>97</sup> como jurisprudencial<sup>98</sup> sostienen que los menores son en todo caso titulares del derecho garantizado en el art. 18.3 C.E.

---

<sup>97</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit. pág. 164, según la cual: “Quien entabla una comunicación a distancia está asumiendo las garantías de secreto que ese tipo de comunicación implica, y ello de forma automática y objetiva, con independencia, esto es, de que sea o no consciente de ello. En otras palabras, la actitud de las partes en una comunicación a distancia hacia sus zonas de secreto no altera el carácter objetivamente secreto de esa comunicación. Pues bien, ese carácter objetivamente secreto debe prevalecer en cualquier caso, incluso en el caso de menores que sin capacidad para querer y controlar sus zonas de secreto entablen una comunicación a distancia”.

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

<sup>98</sup> En cuanto a la doctrina jurisprudencial cabe citar las S.S.T.S., 2a, de 20.02.1995 (RJ 1995/1201), F.J. 8º; de 04.02.1997 (RJ 1997/1275) y de 22.04.1998 (RJ 1998/3811), F.J. 2º entre muchas otras, al establecer las mismas en idéntica forma que: “La CE garantiza en su artículo 18.3 el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, y la medida que nos ocupa incide sobre dicho derecho fundamental de que son titulares las personas físicas y las jurídicas tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad (...)”.

#### 4.1.2) Extranjeros

En la C.E. la mayoría de los derechos fundamentales se reconocen a todas las personas, sin distinción alguna de nacionalidad, mientras que otros derechos, de carácter político, se hallan reservados únicamente a los ciudadanos españoles. Esta distinción responde a la construcción de la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros vigente en nuestro ordenamiento jurídico y en los de nuestro entorno<sup>99</sup>, según la cual, la mayor parte de los derechos fundamentales se ostentan por el mero hecho de ser persona (razonamiento iusnaturalista), entre los cuales se encuentra el derecho al secreto de las comunicaciones, en tanto que manifestación del derecho a la intimidad, mientras que una minoría de derechos únicamente se reconocen a los españoles por ser de índole política o social<sup>100</sup>.

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

---

<sup>99</sup> Para un análisis más detallado acerca del reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros en E.E.U.U., vid. RODRIGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., págs. 159 y ss.

<sup>100</sup> Entre ellos, pueden citarse el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones no municipales y acceder a funciones y cargos públicos (art. 23 C.E.) o del derecho al trabajo (art. 35 C.E.) o a la vivienda (art. 47).

Ha sido el T.C. el que ha realizado una intensa labor de interpretación del referido precepto 13.1 de la C.E. y ha concluido que la primera parte del artículo debe entenderse en el sentido de que existen una serie de derechos que deben ser reconocidos tanto a españoles como a extranjeros en cuanto a derechos que le pertenecen a uno como persona y no como ciudadano, y entre ellos se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica, entre otros<sup>101</sup>.

#### 4.1.3) Concursados

Tal y como ya hemos apuntado al comentar la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico, la aprobación de la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (L.O.R.C.) modificó el anterior sistema de restricción de los derechos fundamentales de la persona del concursado o quebrado<sup>102</sup>, que

---

<sup>101</sup> Vid. S.T.C. nº 107/1984, de 23 de noviembre, 2ª (STC 1984/107), F.J. 3º: “Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. **Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles**”. (negrilla nuestra).

<sup>102</sup> Efectivamente, La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero en su disposición derogatoria única 1ª derogó los arts. 1.176, 1.177, 1.178, 1.338 y 1.339 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 03.02.1881, los cuales regulaban la retención de correspondencia de los concursados y quebrados y la disposición derogatoria única, apartado 3º.1 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, de

únicamente preveía la posibilidad de retener la correspondencia del deudor y el arresto del quebrado, habiéndose pasado a un nuevo contexto en el que resulta plausible la restricción de cualquier clase de comunicación del concursado (incluidas las nuevas formas

la Reforma Concursal, derogó el Libro IV del Código de Comercio de 1829, cuyos artículos 1.044.6º y 1.058 regulaban la retención de la correspondencia del quebrado.

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

Art. 1.173 L.E.C.: “En el mismo auto en que se haga la declaración de concurso se dictarán las disposiciones siguientes: 1ª) El embargo y depósito de todos los bienes del deudor, la ocupación de sus libros y papeles y la retención de su correspondencia”.

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

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

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

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

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

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

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

comunicativas no telefónicas propias de la llamada sociedad de la información)<sup>103</sup>, sin más limitaciones que las previstas en el propio art. 1 de la L.O.R.C y el sometimiento al sistema de ejecución establecido en la L.E.Crim.

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

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

Sin embargo, la situación en el caso del quebrado, se agravaba, toda vez que si bien la retención de la correspondencia del quebrado era también inherente a la propia declaración de

---

<sup>103</sup> Respecto de las distintas clases de comunicaciones del concursado que pueden ser intervenidas se ha pronunciado, entre otros, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 76, al afirmar en relación al art. 1 L.O.R.C.: "Tienen cabida, en consecuencia, además de las comunicaciones telefónicas antes referidas, contenidos de informaciones almacenadas en cuentas de correo electrónico, páginas *web* o portales de titularidad del deudor, *faxes*, videoconferencias, mensajes de SMS...".

quiebra, configurándose como una consecuencia necesaria de ésta, la intervención del Juez en la decisión de lo relevante para la causa pasaba a un segundo plano, puesto que su papel quedaba limitado a resolver los recursos interpuestos por el Comisario o por los síndicos en orden a la decisión de qué correspondencia debía ser considerada relevante para la quiebra.

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

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

El Juez *a quo* no cuestionaba tanto la existencia de la medida de arresto domiciliario del quebrado sino el automatismo de la norma que comporta la declaración de quiebra, que no requería ni motivación ni una indagación previa acerca de si dan razonablemente las circunstancias que justifican una restricción de la libertad (art. 17.1 C.E.), lo cual consideraba que implicaba partir de una presunción de culpabilidad del quebrado.

El Alto Tribunal concluyó que cualquier decisión restrictiva de los derechos fundamentales basada en la simple declaración de quiebra, entendida como una medida automática sin necesidad de motivación e indagación previa sobre su necesidad y razonabilidad sería contraria a la C.E, estableciendo en su F.J. 2º cómo debían interpretarse los preceptos relativos al arresto del quebrado<sup>104</sup>.

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

---

<sup>104</sup> Concretamente, el F.J. 2º de la S.T.C. 178/1985, de 19 de diciembre, en relación con los arts. 1333 L.E.C. 1881 y 1044 C.Com. dispuso lo siguiente: “Pero si se interpreta el precepto como una habilitación al Juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de libertad para proteger los bienes que la justifiquen, puede considerarse compatible con el derecho a la presunción de inocencia”.

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



Centrándonos en la nueva legislación, el art. 1 de la L.O.R.C<sup>105</sup> en su apartado 1º define aquellas medidas judiciales de las que pueden derivarse injerencias sobre determinados derechos del concursado que pueden verse afectados en un procedimiento concursal.

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

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

---

<sup>105</sup> Nos remitimos a la transcripción literal del art. 1 L.O.R.C. que hemos realizado en el apartado relativo a la normativa que ha sido promulgada con posterioridad a la reforma de la L.E.Crim.

Finalmente, podemos afirmar que si bien la L.O.R.C. ha supuesto un cambio positivo respecto de la anterior normativa en materia de concursados e incluso respecto de la regulación del art. 579 L.E.Crim. por ser mucho más precisa, no resuelve una serie de cuestiones que son fundamentales en la adopción de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales del concursado, tales como si en el proceso concursal rige el principio de jurisdiccionalidad no solamente en la autorización inicial de la medida de injerencia sino también en la ejecución de la misma, y si es posible la delegación en la ejecución y a qué autoridad, o si la decisión debe ir precedida de un trámite de audiencia previa a los sujetos pasivos de la misma, o bien si es posible la adopción de la injerencia sin el previo conocimiento de la persona afectada, es decir, si es posible realizar una actuación secreta.

Es precisamente por ello por lo que un sector de la doctrina<sup>106</sup> considera que la L.O.R.C. no ha colmado las expectativas de disponer de una normativa que sea conforme a las exigencias del T.E.D.H. en cuanto a los principios que debe contener la norma reguladora para la licitud de medidas restrictivas de derechos fundamentales.

---

<sup>106</sup> Entre otros autores, cabe citar a RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ob.cit. pág. 79, según el cual el párrafo 3º del art. 1 L.O.R.C. no hace mención expresa alguna al principio de necesidad de la medida y al juicio de ponderación del conflicto de intereses que el mismo implica. El citado autor aún va más lejos y cuestiona la constitucionalidad del art. 1 L.O.R.C. por omisión, al no cumplir las exigencias del T.E.D.H. respecto del principio de la calidad de la norma habilitante, sobre todo a la luz de la reciente S.T.E.D.H. de 01.06.2004 (caso *Narinem vs. Finlandia*), concluyendo: “*Lege data*, la posibilidad que tiene un deudor de anticipar, conforme al tenor del art. 1.1º de la LORC, cuándo, en qué circunstancias, y con qué alcance puede verse afectado en su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, es cuando menos relativa”, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ob.cit., pág. 185.

#### 4.1.4) Internos en establecimientos penitenciarios

En las relaciones de sujeción especial, tal y como ocurre en el caso de las personas reclusas en un establecimiento penitenciario, éstas pueden ver alterado o modificado (que no suprimido) su derecho al secreto de las comunicaciones garantizado en el art. 18.3 C.E.<sup>107</sup>. Ello en efecto es así debido a que el art. 25.2 de la C.E.<sup>108</sup> prevé que los condenados a pena de prisión gozarán de los derechos fundamentales salvo los expresamente limitados en la sentencia, reconociendo el art. 51 de la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (en adelante L.O.G.P.) el secreto de las comunicaciones a los reclusos.

---

<sup>107</sup> Sobre la relación de sujeción especial que origina una serie de derechos y deberes recíprocos entre la Administración Penitenciaria y el interno, se han pronunciado entre muchas otras, S.S.T.C. 120/1990, de 27 de junio, (RTC 1990/120), F.J. 6º; S.T.C. 137/1990, de 19 de julio, (RTC 1990/37), F.J. 4º; S.T.C. 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/57), F.J. 3º y la S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre (RTC 1996/170) F.J. 4º, la cual reconoció que los internos en establecimientos penitenciarios también son titulares del derecho del art. 18.3 C.E.: “El acuerdo impugnado afecta al derecho al secreto de las comunicaciones, del que también son titulares los ciudadanos internos en un Centro Penitenciario, quienes gozan, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25.2 CE, de los derechos fundamentales consagrados en el capítulo segundo del título I de la Constitución «a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

<sup>108</sup> Concretamente el art. 25.2 de la C.E. es del tenor literal siguiente: “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que sean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

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

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

Es importante precisar desde un principio que a pesar de que la L.O.G.P. no lo prevea expresamente, dicho Texto Legal regula el ejercicio de los derechos de los internos, concepto este último que incluye a todos los reclusos de un establecimiento penitenciario, ya sean detenidos, presos o penados<sup>109</sup>.

En base a la L.O.G.P. y al Reglamento Penitenciario, aprobado por R.D. 190/1996, de 9 de febrero, dictado en desarrollo y ejecución de la L.O.G.P. podemos distinguir cuatro modalidades de comunicación<sup>110</sup> las cuales se hallan sometidas a distintos regímenes legales: las comunicaciones genéricas; las comunicaciones específicas con Abogados y Procuradores; las comunicaciones con Autoridades profesionales y las comunicaciones entre internos.

---

<sup>109</sup> Fue la S.T.C. 141/1999, de 22 de julio (RTC 1999/141), la que clarificó dicho extremo en su F.J. 6º.

<sup>110</sup> Las S.S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre y 200/1997, de 24 de noviembre antes citadas se refirieron a las diversas clases de comunicación que el art. 51 de la L.O.G.P. contempla: “En cuanto al contenido de tal derecho, el artículo 51 LOGP citado diferencia varias modalidades de comunicación, que son de muy distinta naturaleza y vienen, por ello, sometidos a regímenes legales claramente diferenciados”.

#### 4.1.4.1) Comunicaciones genéricas.-

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

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

a) Comunicaciones orales, que se hallan reguladas en los arts. 42 y siguientes del Reglamento<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> En cuanto a las comunicaciones orales, el art. 42 del Reglamento establece la forma en que deberán llevarse a cabo, mientras que el art. 43 en cuanto a las restricciones e intervenciones dispone lo siguiente: “1. Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382), las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos. 2. En los casos de intervención, los comunicantes que no vayan a expresarse en castellano o en la lengua cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, advertirán de ello con anterioridad al Director del centro, que adoptará las medidas oportunas para que la comunicación pueda intervenir adecuadamente”.

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

b) Comunicaciones escritas, cuya forma y extensión están previstas en el art. 46.1º y .4º del Reglamento<sup>112</sup>.

c) Comunicaciones telefónicas, reguladas en el art. 51.4 L.O.G.P. y el art. 47.4 del Reglamento<sup>113</sup>.

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

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

---

<sup>112</sup> El art. 46.1º prevé la intervención de las cartas y telegramas por las mismas razones que las comunicaciones orales, estableciéndose en su apartado 6º que las comunicaciones escritas entre los internos y sus Abogados defensores o Procuradores sólo podrán ser intervenidas en virtud de autorización judicial.

<sup>113</sup> El art. 51.4 de la L.O.G.P. prevé que “las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinan en el Reglamento”, y como regla especial de las comunicaciones telefónicas de los presos con el exterior en general (sin incluir las mantenidas con su Abogado o Procurador), el art. 47.4 del Reglamento dispone que se celebrarán en presencia de un funcionario.

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

a) **Finalidad de la medida:** De conformidad con la doctrina jurisprudencial del T.C. respecto a la interpretación hermenéutica del art. 51.1 L.O.G.P., son tres las finalidades legalmente previstas de la medida: la seguridad, interés de tratamiento y el buen orden del Centro<sup>114</sup>, si bien es importante matizar que la intervención de las comunicaciones de un recluso debe tener un carácter individualizado y excepcional y ha de constituir una respuesta a

---

<sup>114</sup> Así lo establecieron entre muchas otras, las S.S.T.C. 200/1997, 2ª, de 24 de noviembre (RTC 1997/200) y la S.T.C. 192/2002, 2ª, de 28 de octubre (RTC 2002/192), en la que la pretensión del recurso de amparo era determinar si se produjo una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones postales del interno remitidas desde el exterior del Centro penitenciario, por considerar que el acuerdo de intervención carecía de motivación y asimismo no se determinaba la duración de la medida. El T.C., con cita de su doctrina jurisprudencial en materia del derecho al secreto de las comunicaciones de los internos (en su F.J. 5º), señaló que el art. 51 de la L.O.G.P. permite la intervención de las comunicaciones genéricas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, “configurándose tales supuestos como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno”. En el referido caso, el T.C. desestimó la demanda de amparo por considerar que no podían prosperar las alegaciones del demandante (perteneciente a la organización terrorista ETA) en base a los razonamientos ya dados en la S.T.C. 106/2001, de 23 de abril (RTC 2001/106), en sus F.J., 7º, 8º y 9º.

peligros concretos que efectivamente puedan incidir en el buen orden y la seguridad del Establecimiento penitenciario<sup>115</sup>.

b) **Motivación del acuerdo de intervención** .- La finalidad de este requisito no es otra que hacer posible el control de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, por lo que en el acuerdo de su adopción deben figurar todos los datos necesarios para llevar a cabo tal tarea<sup>116</sup>.

Conforme reiterada y pacífica jurisprudencia del T.C.<sup>117</sup>, la exigencia de la motivación de la intervención de las comunicaciones

---

<sup>115</sup> En este sentido, se pronunciaron las S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre (RTC 1996/170), tras poner de relieve el carácter excepcional en que debe entenderse la intervención de esta clase de comunicaciones según lo dispuesto en el propio art. 51 L.O.G.P., estableció que: “La intervención ha de ser, pues, estrictamente necesaria para la consecución de los fines que la justifican, lo que ha de plasmarse en la motivación del acuerdo de intervención”, así como la ya referida S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre.

<sup>116</sup> Así lo han sostenido entre otras, las S.S.T.C. 200/1997, de 24 de noviembre (antes citada), en la cual la falta de motivación se configuraba como la principal queja por parte del recurrente, dicha resolución en su F.J. 4º dispuso que los datos que deben hacerse constar son “la especificación de cuál de las tres finalidades legalmente previstas -seguridad, interés de tratamiento y buen orden del establecimiento- es la perseguida con la adopción de la medida y, en segundo lugar, la explicitación de las circunstancias concretas del caso y del recluso que explican la funcionalidad de dicha medida, es decir, las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada en orden a alcanzar la finalidad perseguida”.

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

Asimismo véase, la S.T.C. 141/1999, de 22 de julio (RTC 1999/141), F.J.4º.

<sup>117</sup> Sobre la falta o insuficiencia de la motivación, la cual afecta a la propia existencia del supuesto habilitante para la suspensión o restricción del derecho fundamental, S.S.T.C. 27/1989, 2a, de 3 de febrero (RTC 1989/27);



no proviene únicamente del art. 51.5 L.O.G.P., sino del propio carácter limitativo de derechos fundamentales que tiene tal medida. Es de destacar la S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, antes referida, la cual consideró que la motivación es un elemento imprescindible para la garantía de los derechos fundamentales de los reclusos<sup>118</sup>.

c) **Notificación al interesado** .- La notificación de la medida al interno afectado supone una garantía para el interno y en nada frustra la finalidad perseguida con la misma<sup>119</sup>.

d) **Comunicación a la Autoridad Judicial** .- Este requisito se articula como una auténtica garantía para el interno toda vez que con dicha notificación se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos, en su caso, procedentes<sup>120</sup>. Es

S.T.C. 8/1990, 1a, de 18 de enero (RTC 1990/8); S.T.C. 86/1995, 1a, de 6 de junio (RTC 1995/86); S.T.C. 128/1995, 2a, de 26 de julio (RTC 1995/128); S.T.C. 62/1996, 1a, de 15 de abril (RTC 1996/62) así como las ya citadas S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre y S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre. Entre las más recientes S.T.C. 106/2001, 2a, de 23 de abril (RTC 2001/106), F.J. 6º.

<sup>118</sup> Concretamente en su F.J. 5º dispuso que la motivación: "(...) constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario no se restringe de forma innecesaria, inadecuada o excesiva".

<sup>119</sup> En este sentido, S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre y S.T.C. 200/1997, 2a, de 24 de noviembre, F.F.J.J. 3º y 4º (antes citada), la cual dispuso: "la notificación de su adopción al interno en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial, a la vez de que supone una garantía para el interno afectado", así como S.T.C. 192/2002, 2ª, de 28 de octubre, F.J. 5.c).

<sup>120</sup> Según el Alto Tribunal, rectamente entendida esta dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica, «no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado "a posteriori" mediante una resolución motivada» (S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre, F. J. 3º, de constante referencia).

precisamente por ello por lo que la comunicación a la autoridad judicial competente debe ser inmediata con el objeto de que ésta ratifique, subsane o anule la decisión administrativa (S.T.C. 192/2002, 2ª, de 28 de octubre, antes citada).

Esta inmediata comunicación a la autoridad judicial competente a mi parecer es vital para ofrecer una adecuada protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los internos, derecho que no gozaría de la pertinente protección si el Órgano judicial se limitara simplemente a adoptar una actitud pasiva respecto de la medida administrativa acordada<sup>121</sup>.

Es por todo ello por lo que el art. 51.5 L.O.G.P. debe interpretarse en estrecha relación con los arts. 76.1 y .2 g) del citado Texto Legal<sup>122</sup>, según los cuales corresponde al Juez de

---

<sup>121</sup> Entendemos que dicha notificación a efectos de ratificación o no de la medida, cobra aún mayor importancia si se tiene en consideración que los internos pueden comunicarse con familiares, amigos, etc., a los que también afecta el mismo acto administrativo.

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

<sup>122</sup> Los referidos preceptos de la L.O.G.P. son del tenor literal siguiente:

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

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

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto

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

e) **Proporcionalidad** .- Conforme pacífica y consolidada jurisprudencia del T.C. el principio de proporcionalidad<sup>123</sup>, directamente relacionado con el requisito de motivación de la medida administrativa, tal y como ya hemos apuntado anteriormente, se descompone a su vez en tres juicios: el de idoneidad, sobre la adecuación de la medida para el fin propuesto; el de necesidad o subsidiariedad sobre la posibilidad de acudir a otro recurso menos gravoso para el derecho fundamental, y por último el de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la ponderación entre los beneficios para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

f) **Límite temporal de la medida.**- A todos los presupuestos antes referidos, el T.C. ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención<sup>124</sup>, esto es, se exige que al adoptarse la medida se determine su período de vigencia temporal, habiendo precisado el Alto Tribunal, que para ello no es estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización de

---

afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

<sup>123</sup> Entre muchas otras, la relevante S.T.C. 175/1997, de 27 de octubre, ya ampliamente comentada.

<sup>124</sup> S.S.T.C. 128/1997, 2ª, de 14 de julio (RTC 1997/128) F.J. 4º; S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre (RTC 1997/175) 4º; S.T.C. 200/1997, de 24 de noviembre, ya referida, en su F.J. 2º; S.T.C. 175/2000, 2ª, de 26 de junio, (RTC 2000/175), F.J. 3º.

la misma, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición o no de la circunstancia concreta que justifica su existencia<sup>125</sup>.

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

Respecto al supuesto de intervención de comunicaciones mantenidas entre interno preso y su Abogado viene claramente delimitada en el art. 51.2 del referido Texto Legal<sup>126</sup>, el cual dispone que no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden judicial y en los supuestos de terrorismo<sup>127</sup>, lo cual es

---

<sup>125</sup> S.S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre, F.J. 4º; 175/1997, de 27 de octubre, F.J. 4º; 200/1997, de 24 de noviembre, F.J. 4º; 141/1999, de 22 de julio, F.J. 5º; A.T.C. 54/1999, de 8 de marzo.

<sup>126</sup> Es importante tener en consideración que la garantía de no intervención de las comunicaciones entre interno y Abogado establecida en el art. 51.2 L.O.G.P. es de aplicación tanto a las comunicaciones orales como a las escritas por correspondencia. Así lo entendió S.T.C. 58/1998, 2ª, de 16 de marzo (RTC 1998/58) en cuyo F.J. 6º trataba la dificultad apuntada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en orden a evitar la utilización de la correspondencia entre internos y sus Abogados para asuntos ajenos a la defensa jurídica del interno. El T.C. concluyó que este riesgo es inherente a la propia naturaleza del derecho, y más concretamente al carácter formal de “secreto”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido (S.T.C. 114/1984, F.J. 7º), no sin señalar que la Administración penitenciaria debe poner las medidas necesarias a fin de acreditar la condición de Abogado y trasladar toda sospecha al órgano judicial (piénsese en que no resulta tarea fácil determinar si el remitente de la correspondencia destinada al interno es efectivamente el Abogado defensor).

<sup>127</sup> Cabe mencionar que el citado artículo no estuvo exento de polémica en orden a su interpretación hermenéutica. Inicialmente el T.C. sostenía que dicho precepto implicaba que ambos requisitos “orden de autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo” eran alternativos, de tal modo que la regla general era que se entendía que la intervención de las comunicaciones con Abogado requería de autorización judicial, mientras que en los casos de terrorismo únicamente era necesaria la decisión de la máxima Autoridad o Director del Establecimiento. Así lo sostenían la línea jurisprudencial representada por la S.T.C. 73/1983, de 30 de julio (RTC 1983/73) y en cuanto a la doctrina, RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., pág. 122.

perfectamente comprensible por la especial relación entre cliente y Abogado, la cual se halla protegida en los arts. 24.2 C.E. párrafo segundo en relación con el art. 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 42.1 del R.D. 658/2001, de 22 de junio<sup>128</sup>, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española<sup>129</sup>.

---

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

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

<sup>128</sup> Los preceptos citados regulan el secreto profesional de los Abogados. Concretamente el art. 42. 1 del Estatuto General de la Abogacía establece entre las obligaciones del Abogado: “1. Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional”.

Asimismo es de destacar el art. 416.2 de la L.E.Crim. el cual dispensa al Abogado del procesado de prestar declaración si bien “tan sólo respecto de los hechos que éste le hubiere confiado en su calidad de defensor”. Por su parte el art. 437.2 L.O.P.J. establece que los Abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

<sup>129</sup> Sobre la necesidad de autorización judicial previa para intervenir las comunicaciones mantenidas entre interno y letrado, se pronunció la S.T.S. 23.04.1997 (RJ 1997/3259), la cual desestimó dos recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la Asociación de Víctimas del Terrorismo que actuaba en ejercicio de la acción popular contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, sección 2a, **de 04.03.1996**, que absolvió al acusado del delito de colaboración con banda armada, en un caso en que el Director de un establecimiento penitenciario en base al art. 51.2 de la L.O.G.P. acordó intervenir las comunicaciones de varios internos (acusados de colaboración con banda armada) con sus Abogados defensores, conversaciones que no habían sido relacionadas expresamente en la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, ya que dicho Tribunal consideró que dichas grabaciones se realizaron con vulneración del derecho fundamental al art. 18.3 C.E. La referida

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

Centrándonos nuevamente en el art. 51.2 L.O.G.P.<sup>130</sup>, es de mencionar que la redacción del mismo dio lugar a confusión en el sentido de si lo dispuesto en él resultaba o no de aplicación a todos los posibles medios de comunicación entre el interno y su Abogado, o bien si únicamente afectaba a las comunicaciones orales con ocasión de las visitas del Abogado al Centro penitenciario.

El T.C. zanjó dicha cuestión al expresar que el hecho de que en el referido precepto se aluda a un espacio adecuado para la celebración de contactos directos no ha de entenderse más que como especificación de las condiciones en que ha de celebrarse una de las posibles vías de comunicación<sup>131</sup>, de tal modo que al no existir distinción alguna entre las clases de comunicación que pueden establecerse, las exigencias contenidas en el art. 51.2

---

sentencia citaba la S.T.C. 183/1994, de 20 de junio (RTC 1994/183), la cual estableció que la no existencia de la autorización judicial preceptiva para intervenir las comunicaciones entre el interno y su Abogado defensor constituye una vulneración del derecho de defensa, de cuyo resultado no puede derivarse eficacia probatoria alguna.

<sup>130</sup> El art. 51.2 L.O.G.P. es del tenor literal siguiente: “Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”.

<sup>131</sup> En este sentido, véase S.T.C. 58/1988, 2a, de 16 de marzo (RTC 1988/58), en su F.J. 7º.

L.O.G.P. deberán observarse también en las comunicaciones telefónicas.

La doctrina también se ha inclinado por entender que las comunicaciones telefónicas de los internos con sus representantes legales, a falta de un régimen especial, se hallan asimismo incluidas y por tanto, sujetas, a lo dispuesto en los artículos de constante referencia<sup>132</sup> (art. 51.2 L.O.G.P. y art. 48.3 del R.P.). Este criterio es además reforzado por la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H.<sup>133</sup> según la cual las telecomunicaciones entre un Abogado y sus clientes tienen naturaleza privilegiada, y en consecuencia, resultan de aplicación a las mismas las exigencias que el art. 51.2 L.O.G.P. establece para la correspondencia entre ambos sujetos.

Lo cierto es que el régimen de las comunicaciones entre Abogado y su defendido, cuando éste se halla ingresado en un establecimiento penitenciario, es complejo y ha dado lugar a múltiples casos de difícil respuesta jurídica, por lo que dedicaremos un apartado del tercer capítulo a examinar los tratamientos del control de las comunicaciones entre el Abogado defensor y su cliente así como la posibilidad de excepcionar la inviolabilidad de las comunicaciones con los Abogados.

---

<sup>132</sup> Es el caso de RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit. pág. 123, tras poner de relieve que el R.P. no prevé ningún régimen especial respecto de las conversaciones telefónicas.

<sup>133</sup> Veáanse S.S.T.E.D.H. de 06.09.1978 (caso Klass); de 02.08.1984 (caso Malone); de 24.04.1990 (caso Kruslin y asunto Huvig); de 30.07.1998 (asunto Valenzuela Contreras); de 25.03.1998 (asunto Koop) y de 24.08.1998 (caso Lambert).

#### 4.1.4.3) Comunicaciones con profesionales autorizados .-

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

#### 4.1.4.4) Comunicaciones entre internos .-

Respecto a esta clase de comunicaciones –que pueden ser escritas y telefónicas entre internos de distintos establecimientos penitenciarios-, cabe destacar que los arts. 46 en sus apartados 5º y 7º y 47.6 del R.P.<sup>134</sup> prevén respectivamente su posible

---

<sup>134</sup> Los referidos preceptos del Reglamento Penitenciario son del tenor literal siguiente, art. 46.5º R.P.: “En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados. Cuando el idioma utilizado no pueda ser traducido en el establecimiento, se remitirá el escrito al centro directivo para su traducción y curso posterior”.

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



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

Ahora bien, el hecho de que razones de seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario se autorice una intervención de la correspondencia o de las comunicaciones telefónicas, ello no significa que dicha intervención sea automática ni que pueda prescindirse para su práctica de las formas y garantías que la propia normativa reguladora prevé. Precisamente en este sentido, se ha pronunciado en numerosas ocasiones el T.C., en sus S.S.T.C. 128/1997, 2ª, de 14 de julio (RTC 1997/128), y 175/1997, 2ª, de 27 de octubre (RTC 1997/175) <sup>135</sup>.

Es de destacar la reciente S.T.C. 169/2003, de 29 de septiembre (RTC 2003/169), la cual examinó un recurso de amparo interpuesto por un interno contra una resolución del Juzgado de

---

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

<sup>135</sup> La referida S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre, es clara al establecer en su F.J. 4º los requisitos que deben contener las resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones entre internos: “Las Resoluciones administrativas de intervención de las comunicaciones no sólo han de cumplir los preceptos legales citados, y por tanto el de la motivación prevista en el art. 51.5 de la LOGP, sino, en cuanto medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental, los presupuestos y requisitos exigibles según nuestra reiterada doctrina y que hemos sistematizado de forma genérica en la STC 207/1996 (RTC 1996\207) y, con relación al tema que nos ocupa, recientemente en la S.T.C. 128/1997, de 14 de julio. Resumidamente tales presupuestos son la persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la Ley; que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del centro especialmente motivada, y notificada al interesado, y que sea comunicada al Juez para que éste pueda ejercer el control sobre la misma. Asimismo la intervención ha de ser idónea necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido”.

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

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

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

## 4.2) Las personas jurídicas

En nuestra C.E. no existe ningún precepto similar al del art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas”. Ha sido la jurisprudencia del T.C. la que ha ido delimitando qué derechos fundamentales podían ser reconocidos a las personas jurídicas<sup>136</sup>, y así entre otras, la S.T.C. 64/1988, de 12 de abril (RTC 1988/64), en su F.J. 1º estableció: “la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado (...) siempre que se trate, como es obvio, de derechos, que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas”<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Así por ejemplo, el T.C. ha reconocido expresamente que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, S.S.T.C. 139/1995, de 26 de septiembre, F.J. 5º (RTC 1995/139), la cual declaró que “el significado del derecho al honor, ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”, razonamiento que es reiterado en su sentencia nº 183/1995, de 11 de diciembre, F.J. 2º (RTC 1995/183) así como del derecho a la tutela judicial efectiva -S.T.C. 241/1992, de 21 de diciembre (RTC 1992/241)-, el cual se halla reconocido tanto a las personas jurídicas privadas como a las públicas.

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

<sup>137</sup> Tal y como apunta MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 73, no puede confundirse la titularidad de los derechos fundamentales con la cuestión de la legitimación para recurrir en amparo prevista en el art. 162.1. b) C.E. conforme al cual las personas jurídicas estarían legitimadas para ello, siempre que invocasen un interés legítimo. En el mismo sentido, vid. también RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit. pág. 165.

Por tanto, partiendo de la referida doctrina jurisprudencial podemos afirmar que las personas jurídicas de derecho privado -así como de Derecho Público como más adelante veremos- únicamente tienen reconocidos aquellos derechos que por su naturaleza sólo pueden serle atribuidos<sup>138</sup>. En consecuencia, procede analizar si la naturaleza del derecho al secreto de las comunicaciones permite que sea ejercitado por personas jurídicas.

La jurisprudencia del T.S. ha sostenido de forma pacífica y unánime (entre otras S.S.T.S., 2ª, de 31.10.1994, F.J. 11º; de 20.02.1995, F.J. 8º y de 22.04.1998, F.J. 2º) que la investigación podrá incidir tanto respecto de personas físicas como jurídicas, al igual que la doctrina del T.E.D.H., la cual en su sentencia de fecha

---

En este sentido es preciso tener presente que el ámbito de protección del art. 24.1 C.E. que puede ofrecerse a las personas jurídicas públicas en la vía del amparo constitucional difiere en gran medida según las mismas actúen en ejercicio de intereses legítimos, entendiéndose como tales aquellos que derivan de su actividad no administrativa o pública, serían los supuestos en que las entidades públicas reaccionan frente a actos de terceros a los que no pueden imponer su voluntad por carecer frente a ellos de un poder exorbitante, no existiendo en tales casos ningún impedimento u obstáculo para que les sea reconocido el derecho del art. 24.1 C.E. en toda su plenitud y extensión (S.S.T.C. 64/1988, de 12 de abril, F.J.1º, antes citada; A.T.C., 187/2000 de 24 de julio, F.J. 3º, ponente Excmo. Sr. Conde Martín de Hijas y S.T.C. 175/2001, de 26 de julio, F.J. 8º, también referida anteriormente), o bien cuando las entidades públicas actúan en defensa de sus actos dictados en el ejercicio de sus potestades administrativas.

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

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

<sup>138</sup> Por todas, la ya citada S.T.C. 137/1985, de 17 de octubre.

25.03.1998, caso Koop, extendió este derecho a los locales profesionales, entre los que se encuentran los despachos de abogados, si bien con ciertas matizaciones<sup>139</sup>.

Además el derecho al secreto de las comunicaciones también es reconocido a las personas jurídicas independientemente de su vínculo de nacionalidad, tal y como sostiene MARTÍN MORALES<sup>140</sup>: “La garantía del art. 18.3 C.E., por otra parte, se

---

<sup>139</sup> El F.J. 1º de la referida S.T.E.D.H. dispuso expresamente: “Para el Tribunal, se deduce de su jurisprudencia que las llamadas telefónicas que proceden y las que tienen como destino los locales profesionales, como es el caso de un despacho de abogados, pueden encontrarse incluidas en los conceptos de «vida privada» y de «correspondencia» contemplados en el artículo 8.1”.

Sin embargo, cabe tener en consideración, el criterio sostenido por el T.S., según el cual debe ser la necesidad de hacer un juicio de ponderación entre el respeto del secreto profesional de los abogados, que en principio debe prevalecer, y el interés público, y que únicamente la gravedad de los hechos puede conllevar la posibilidad de intervenir las conversaciones telefónicas que se mantengan desde la terminal de un despacho de abogados. Más concretamente, la S.T.S., 2a, de 24.10.2001 (RJ 2001/9246), precisó que el secreto profesional que ampara a los abogados puede llevar en circunstancias excepcionales a ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales, lo cual no supone, a mi modo de ver, que los despachos de abogados, como tales, estén protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones, sino que lo están en la medida que dichos despachos o bufetes profesionales dispongan de personalidad jurídica propia.

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

<sup>140</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 74. Vid. también A.T.C. 257/1985, de 17 de abril, Sala 1a, sección 2ª, F.J. 2º según el cual: “El derecho a la intimidad se refiere a la vida privada de las personas individuales, sin que, en principio, las

extiende también a las personas jurídicas extranjeras, siempre que éstas se ajusten a las prescripciones del derecho español”.

Resulta interesante poner de relieve que el reconocimiento del derecho al secreto de las comunicaciones a las personas jurídicas por parte de la jurisprudencia contrasta frontalmente con el hecho que no les sea reconocido el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.). Ello ha conllevado que la doctrina científica haya sostenido criterios opuestos sobre este particular. En este sentido, RODRIGUEZ RUIZ<sup>141</sup> muestra su disconformidad con el criterio mantenido por el T.C. al afirmar que: “Pues si el derecho a la inviolabilidad del domicilio no es sino un aspecto del derecho a la intimidad, como bien asume el Tribunal, mal se comprende que las personas jurídicas puedan ser titulares del primero pero no del segundo”<sup>142</sup>.

Respecto a la relación existente entre el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) y el derecho a la intimidad (art.

personas jurídicas puedan ser titulares del mismo, y sin que ello, quiera decir que la reserva acerca de las actividades de las personas jurídicas quede sin protección, pues dicha protección se podrá dispensar, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente consagrada, a través de la correspondiente regulación legal”.

<sup>141</sup> RODRIGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., págs. 166 y 167. Dicho criterio puede contrastarse con el de MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 74 y 75.

<sup>142</sup> En cuanto al reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas cabe citar la importante S.T.C. 137/1985, de 17 de octubre, 2a, la cual en su F.J. 3º dispuso lo siguiente: “(...) nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el art. 24 de la misma C.E., sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas”, así como la más reciente S.T.C. 22/2003, de 10 de febrero, 2a (RTC 2003/22).

18.1 C.E.) será objeto de análisis en el apartado del bien jurídico protegido.

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

A mi parecer en un sistema democrático y de Derecho debe ser posible, si se reúnen todos los requisitos necesarios para ello, acordar la injerencia en las comunicaciones telefónicas de una persona jurídica<sup>143</sup>.

---

<sup>143</sup> En orden a la responsabilidad de las personas jurídicas procede señalar que el nuevo Código Penal (vigente a partir del 23 de diciembre de 2010) tras la modificación operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, prevé por primera vez la responsabilidad penal de las personas jurídicas que podrá determinarse en aquellos casos en que los administradores de hecho o de derecho no hayan establecido un adecuado control interno destinado a prevenir la comisión de delitos por las personas que están bajo su autoridad. Dicha responsabilidad se ha regulado mediante la introducción de un nuevo precepto, el art. 31bis del C.P., el cual es del tenor literal siguiente: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun

Mayor problemática plantea dilucidar si las personas jurídicas de Derecho Público son o no titulares del derecho reconocido en el art. 18.3 C.E.<sup>144</sup> toda vez que tal y como señala la

cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

<sup>144</sup> Tal y como ya hemos comentado anteriormente (vid. notas 127 y 128) el T.C. ha reconocido ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Público el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), entre otras S.S.T.C. 4/1982, de 8 de febrero (RTC 1982/4) y 19/1983, de 14 de marzo (RTC 1983/19), e incluso se lo ha reconocido al Estado Central cuando actúa en ejercicio de sus poderes públicos en la importante S.T.C. 64/1988, de 12 de abril (RTC 1988/64).



doctrina científica, los derechos fundamentales se conciben tradicionalmente como derechos del individuo frente a los poderes públicos, o dicho de otro modo que los poderes públicos son sujetos pasivos de los derechos fundamentales, por lo que en principio parecería un contrasentido concederles o reconocerles la titularidad de los mismos.

Precisamente en este sentido, se han pronunciado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>145</sup> y RODRÍGUEZ RUIZ, si bien a la vista de la doctrina establecida por la línea jurisprudencial representada por la relevante S.T.C. 64/1988, de 12 de abril (RTC 1988/64), reconocieron la posibilidad de que las personas jurídicas de Derecho Público sean titulares del derecho al secreto de las comunicaciones “cuando recaben para sí ámbitos de libertad”.

Efectivamente, el Alto Tribunal en la referida resolución, tras hacer referencia a la ya comentada S.T.C. 137/1985, de 17 de octubre, la cual reconoció la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho privado en lo que concierne al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2

---

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

<sup>145</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 93 y RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., pág. 170, la cual realiza un interesante análisis de la cuestión, estableciendo finalmente de forma clara: “Eventualmente, también podrán las personas jurídico-públicas ser titulares del derecho a la intimidad. Lo serán, en todo caso, del derecho al secreto de las comunicaciones. Pues bien puede presumirse que, efectivamente, la persona cuyas comunicaciones son interceptadas se sitúa frente al poder público interceptador en una posición de independencia y subordinación”.

C.E.), y con carácter general siempre que se trate de derechos que puedan ser ejercidos por esa clase de personas, considero, acertadamente a mi modo de ver, que: “A la misma conclusión puede llegarse en lo que concierne a las personas jurídicas de Derecho Público, siempre que recaben para sí ámbitos de libertad, de los que deban disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos”. (F.J. 1º), por lo que dicha problemática quedó resuelta.

### **5) La relevancia del consentimiento**

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

Atendida la especial protección que nuestra C.E. atribuye a los derechos fundamentales, el consentimiento deberá otorgarlo el titular del derecho del art. 18.3 C.E. de modo expreso -en ningún caso puede presumirse-, y además deberá ser interpretado de forma restrictiva, de tal modo que consentir respecto de una forma de comunicación no faculta para interceptar cualquiera de ellas. Por otro lado, y como es evidente, si el proceso comunicativo tuviera lugar entre varias personas, sería necesario el consentimiento de todas y cada una de ellas<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Respecto de la doctrina penal existente en materia del consentimiento y las causas de justificación respecto del art. 197 del Código Penal en el que se tipifica la conducta de la interceptación de las comunicaciones, vid. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia

Así por ejemplo, tal y como señala MARTÍN MORALES<sup>147</sup>, cuando una persona se ve amenazada por un tercero y solicita a su Compañía Telefónica la intervención de su línea, la Compañía Telefónica únicamente podrá intervenir la línea previa resolución judicial toda vez que sólo una de las partes de la comunicación ha prestado su consentimiento. Precisamente sobre esta materia fue especialmente clara la S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo (RTC 2003/56), la cual en su F.J. 3º recogió el criterio de la S.T.C. 123/2002 (RTC 2002/123), en los siguientes términos:

“De este modo la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (STC 123/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 123], F. 5)”<sup>148</sup>.

Asimismo cabe citar la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14.03.2005, sección 8ª (ARP 2005/229), la cual consideró que no se había vulnerado el derecho reconocido en el art. 18.3 C.E. en base a la doctrina

---

imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, págs. 460 y 461.

<sup>147</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 82 a 84. Según dicho autor en caso de solicitud de intervención de una línea telefónica por parte de un usuario sería necesario examinar las circunstancias concurrentes, las cuales deberían justificar la necesidad y utilidad de la medida.

<sup>148</sup> La S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo, continúa citando la S.T.C. 123/2002: “Decíamos también en la citada STC 123/2002, que la aplicación de la doctrina expuesta conducía a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la Policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE”.

jurisprudencial sentada por la ya comentada S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, al concluir que:

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

La situación anteriormente expuesta difiere de la protección civil del derecho a la intimidad por virtud de la L.O. 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual ha sido criticada en parte por la doctrina, por cuanto la misma en su art. 1.3 prevé como rasgos característicos de la intimidad su irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, mientras que seguidamente en su art. 2.2 se contempla la posibilidad de revocar el derecho, al establecer que: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido (...) cuando el titular del derecho hubiese otorgado su consentimiento expreso”. Un sector doctrinal considera que la renuncia a la protección del derecho a la intimidad ofrecida por la Ley 1/1982 debe ser entendida como una autodelimitación del contenido del referido derecho<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Este es precisamente el caso de MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit. pág. 82, el cual en orden a la interpretación hermenéutica de los arts. 1.3, 2.2., 2.3 y 3 de la L.O. 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen sostiene que: “(...) en la propia Ley ya se constata un distanciamiento entre este artículo 1.3 y los artículos 2.2, 2.3 y 3, que es necesario interpretar en el sentido de entender la renuncia del derecho a la intimidad como una autodelimitación del contenido del referido derecho, es decir, de la mano de artículo 2.1. de la L.O. 1/1982”.

## 6) Breve análisis del derecho fundamental afectado .-

Ante todo hay que tener en consideración que el derecho al secreto de las comunicaciones tiene como referente el derecho a la intimidad, y éste al mismo tiempo tiene una conexión directa con el principio fundamental de la libertad inherente a todo Estado social democrático y de Derecho. Por lo tanto, a la hora de analizar cuál es el bien jurídico protegido por el derecho consagrado en el art. 18.3 C.E. nos encontramos frente a la dificultad que previamente hay que ver qué se entiende por intimidad y por libertad, nociones o conceptos que se caracterizan por su imprecisión<sup>150</sup>. Sin ánimo de realizar un análisis profundo del concepto de intimidad, la misma puede ser definida como el derecho a controlar o autodeterminar por parte del sujeto titular de la misma sus zonas de secreto o también denominadas de retiro, o incluso el derecho a ser dejado en paz<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Respecto de la conexión existente entre los arts. 18.1 y 18.3 de la C.E. es muy interesante el estudio comparativo realizado por MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 82.

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

<sup>151</sup> Es reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial del T.C. que ha definido el derecho a la intimidad en parecidos términos. Entre las más recientes, S.T.C. 233/2005, 2a, de 26 de septiembre (RTC 2005/233), F.J. 4º con cita de la S.T.C. 70/2002, 1a, de 3 de abril (RTC 2002/70); S.T.C. 25/2005, 1a,

No resulta tarea fácil delimitar el contenido material del derecho a la intimidad<sup>152</sup>. Sobre el concepto de intimidad, resultan muy interesantes las matizaciones que apunta MORALES PRATS<sup>153</sup>, en el sentido de que el concepto anglosajón tradicional de “privacy”, ha evolucionado de tal modo que pueden distinguirse dos vertientes en el propio derecho: una inicial, enmarcada en la esfera de la libertad negativa, en el que la “privacy” se configura como el derecho a estar solo (“*To be let alone*”<sup>154</sup>), esto es, dotada de un contenido negativo de exclusión, como garantía y defensa de la esfera de la vida privada frente a las injerencias externas<sup>155</sup>; y una segunda etapa, que es la actual, en la que *privacy* se concibe como

---

de 14 de febrero (RTC 2005/25), F.J. 6º, con cita de la línea jurisprudencial representada por la S.T.C. 231/1988, 2a, de 2 de diciembre (RTC 1988/231).

<sup>152</sup> Así lo sostienen, entre muchos autores, REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 451, así como MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, ob.cit. pág. 242 al afirmar de forma clara que: “El derecho a la intimidad se configura como uno de los derechos de la personalidad más sutiles y más difíciles de delimitar y proteger por el Derecho Penal”.

<sup>153</sup> MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, ed. Destino, Barcelona, 1984, págs. 15 y ss, el cual realiza un profundo análisis del origen del concepto tradicional de intimidad surgido a finales del siglo XIX en el ámbito jurídico anglosajón como consecuencia de un aumento de las formas de intrusión en la vida privada de las personas por parte de los medios de comunicación.

<sup>154</sup> Esta primera teoría de la *privacy* fue acuñada por los juristas de Boston, Warren y Brandeis en 1890 titulada el *right to privacy*.

<sup>155</sup> Constituye un claro reflejo de esta primera concepción de la intimidad, la S.T.C., 2ª, 22/1984, de 17 de febrero (RTC 1984/22), en cuyo F.J. 3º establece que todos los derechos consagrados en el art. 18 de la C.E.- esto es, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, así como el secreto a las comunicaciones “forman el bloque de lo que en conjunto es conocido en ámbito jurídico bajo la denominación genérica de derechos de la personalidad, en los que el eje básico sobre el que se proyectan las consecuencias de su ejercicio es la persona humana como tal, el respeto a su dignidad innata, **a su independencia e intimidad de forma que este es el bien jurídico objeto de protección mediante su consagración en el texto constitucional**”.(negrilla mía).

una libertad positiva para ejercer un derecho de control sobre la información y los datos referidos a la propia persona, incluso los ya conocidos, esto es, que han salido ya de la esfera de la intimidad, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular<sup>156</sup>.

La jurisprudencia del T.S. ha puesto de relieve en más de una ocasión esta conexión entre el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones. Así por ejemplo, en su S.T.S., 2ª, de 20.12.1996 (RJ 1996/9038), el Alto Tribunal declaró en su F.J. 5º que “(...) el secreto de las comunicaciones que en sede constitucional se trata de garantizar no es sino una manifestación, y muy cualificada, del derecho a la intimidad personal y familiar” o bien en su S.T.S., 2ª, de 20.02.1999 (RJ 1999/512), en la cual indicó que 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 personal y familiar (F.J. 2º).

Asimismo la S.T.C. 34/1996, de 11 de marzo (RTC 1996/34), en su F.J. 4º subrayó que el derecho al secreto de las comunicaciones guarda una estrecha conexión o parentesco con el derecho a la intimidad, por considerar que es una manifestación de

---

<sup>156</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución Española*, ed. Civitas, 3ª edición, 2001, Madrid, pág. 415, al definir el concepto de intimidad personal cita a ALBADALEJO, M. Derecho Civil, según el cual aquella puede entenderse como el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de dar la publicidad que no desee el interesado, extiéndendose tal derecho al conocimiento de datos sobre la persona, sobre su propio cuerpo y sobre las personas relacionadas con ella con un vínculo familiar. Asimismo MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob.cit. pág. 243, también desarrolla este doble aspecto del derecho a la intimidad.

este último, añadiendo respecto al secreto de las comunicaciones que: **“Este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva”**, y concluyendo en base a doctrina constitucional lo siguiente: **“(…) se pretende garantizar así la «impenetrabilidad de la comunicación» por terceros con eficacia erga omnes, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la «dimensión material del secreto», lo que se transmite (STC 114/1984)”** (negrilla mía).

La doctrina ha realizado una importante labor en la delimitación de los ámbitos de protección del derecho a la intimidad y del derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido, resultan especialmente claras las consideraciones que realiza RODRIGUEZ RUIZ<sup>157</sup>, al afirmar que se trata de dos derechos autónomos que a pesar de estar relacionados no se confunden.

También es destacar la postura de LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ<sup>158</sup> según el cual “no puede decirse que el derecho del

---

<sup>157</sup> RODRIGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob.cit., pág. 23. Según dicha autora, ambos derechos fundamentales son autónomos si bien el derecho a la intimidad se configura como un telón de fondo en el que se destacan ciertos sub-derechos (secreto de las comunicaciones), los cuales a pesar de definirse como propios o autónomos no llegan a desvincularse nunca del derecho que existe como telón de fondo (la intimidad). Por su parte, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág.154, afirma de forma clara en relación con ambos derechos que “(…) en realidad se trata de dos distintos derechos no englobables en uno solo”.

<sup>158</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 21 a 23, el citado autor va más allá y afirma de forma clara que: **“El objeto del derecho fundamental del art. 18.3 C.E. viene constituido por el bien jurídico del secreto de las comunicaciones privadas telefónicas”** (negrilla mía), toda vez que las comunicaciones públicas son



secreto de las comunicaciones privadas del art. 18.3 CE sea una especie o una concreción del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E.”.

La doctrina mayoritaria<sup>159</sup> sostiene que el criterio para distinguir ambos derechos (arts. 18.1 y 18.3 C.E.) es que mientras que la intimidad es un concepto de carácter material mediante el cual el ordenamiento designa el área o espacio que cada individuo reserva para sí, el derecho al secreto de las comunicaciones privadas posee un contenido rigurosamente formal. Tal y como expresamente dispone LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>160</sup> “no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver esta protección con el hecho –jurídicamente indiferente- de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la *privacy*”.

Además considero especialmente clarificadora la postura de JIMÉNEZ CAMPO<sup>161</sup>, el cual sostiene que todas las comunicaciones

---

tuteladas por el art. 20 de la C.E., al reconocer y proteger este precepto los derechos de libertad de expresión y de difusión de los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

<sup>159</sup> Entre muchos otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág.154; LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 22 y 23, conforme al cual se puede afirmar que el derecho a la intimidad posee un contenido material que se concreta en un poder de exclusión a determinadas personas de nuestros sentimientos u opiniones; RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs 26 y 27, así como todos los autores citados por el mismo.

<sup>160</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág.154.

<sup>161</sup> JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 35 y ss.

serán secretas, pero no necesariamente íntimas<sup>162</sup>, lo cual en mi opinión sintetiza en gran medida la idea de que el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y el derecho al secreto de las comunicaciones privadas (art. 18.3 C.E.)<sup>163</sup> se hallan estrechamente vinculados si bien no siempre su ámbito de protección coincide.

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE<sup>164</sup> también considera que el derecho a la intimidad tiene algún parentesco con otros derechos protegidos en la misma norma (art. 18 C.E.) –como el derecho al honor y a la propia imagen o a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones– si bien no siempre coinciden.

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

---

<sup>162</sup> El subrayado es mío.

<sup>163</sup> Las comunicaciones públicas se hallan tuteladas en el art. 20 de la C.E., al reconocer y proteger dicho precepto los derechos de libertad de expresión y de difusión de los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

<sup>164</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob.cit., págs. 242 y 243, relativas al análisis del Capítulo I del Título X (arts. 197 a 201) del Código Penal, en el que bajo la rúbrica “Del descubrimiento y revelación de secretos” se tipifican varios delitos, y entre ellos el art. 197 que sanciona la interceptación u observación de las comunicaciones telefónicas.

La referida Sentencia va más allá y afirma que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones “(...) **consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo, expreso, su secreto**, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas<sup>165</sup>” (negrilla mía).

Además conviene señalar que la protección constitucional alcanza no sólo el contenido de lo comunicado, tanto si éste es o no íntimo, sino también el proceso comunicativo, tal y como declaró el T.E.D.H. en su sentencia de 02.08.1982 (caso Malone)<sup>166</sup> así como la citada S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre (F.J. 7º).

Dicha doctrina ha sido también reiterada entre muchas otras<sup>167</sup>, en la S.T.C., 1ª, nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002/70), al declarar en su F.J. 9º que: “(...) la protección del derecho al

---

<sup>165</sup> Considero particularmente interesante la matización que apunta LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 23, en el sentido de que las medidas de intervención telefónica que en su caso puedan acordarse por la autoridad judicial en el curso de una proceso penal no inciden en la libertad material de las comunicaciones, toda vez que el Juez podrá ordenar la intervención u observación de las comunicaciones telefónicas al amparo del art. 18.3 C.E. y art. 579 L.E.Crim. pero no podrá impedir la comunicación telefónica en si misma. Por otro lado, conviene señalar que la libertad de comunicaciones, como bien jurídico autónomo, sí que puede ser objeto de importantes limitaciones, llegando incluso a disponerse su prohibición -piénsese por ejemplo en las comunicaciones entre internos en un Establecimiento penitenciario-.

<sup>166</sup> Para un análisis más detallado de la S.T.E.D.H. de 02.08.1982 (caso Malone), RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 250-254.

<sup>167</sup> En el mismo sentido S.T.C. 34/1996, de 11 de marzo (RTC 1996/34), F.J. 4º: “El concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal, hemos dicho, y abstracto en consecuencia, ya que «se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado». Por otra parte, cubre no sólo el mensaje sino también, en su caso, otros aspectos suyos y, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales”.

secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación<sup>168</sup>. Además de la referida sentencia también se infiere una clara distinción entre el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, que cubriría el propio proceso comunicativo, y el del derecho a la intimidad, que alcanzaría el contenido de lo recibido.

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

---

<sup>168</sup> GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *La interpretación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, ed. Thomson Civitas, 2005, Navarra, pág. 347, respecto a la comentada S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, entiende que la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1. C.E.) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.). efectuada por dicha resolución se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Ello considera que es así porque si conforme al art. 18.3 C.E. la intervención de las comunicaciones requiere siempre una resolución judicial, por contra no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial”, respecto a la intimidad personal.

No hay que olvidar que el derecho al secreto de las comunicaciones no impone a las partes del proceso comunicativo un deber de reserva sobre el contenido de ésta, a diferencia del derecho a la intimidad que sí impone tal deber. Tal y como interpreta el T.C.<sup>169</sup> la relación o conexión entre ambos derechos – reconocidos en los apartados 1º y 3º del art. 18 de la C.E.- el derecho a la intimidad únicamente impone dicho deber de reserva en la medida que lo comunicado incida o afecte a la esfera más íntima del sujeto participante de la comunicación.

A la vista de tal interpretación respecto de la conexión entre ambos derechos fundamentales, adquiere gran relevancia el papel que pueda tener el consentimiento de uno de los interlocutores en el proceso comunicativo. Diversas dificultades pueden surgir en aquellos casos en los que hay varios interlocutores y uno de ellos consiente en la escucha o grabación por un tercero ajeno a la conversación mientras que los otros lo ignoran. En tales casos cabe plantearse si el consentimiento de uno de los interlocutores actuaría o no como causa de justificación. Pues bien, tal cuestión no tiene una respuesta pacífica entre la doctrina, toda vez que hay un sector doctrinal que considera que en los supuestos de secretos compartidos, no es ilícita la conducta por virtud de la cual uno de los titulares del bien jurídico autoriza la grabación de la conversación, ni la posterior divulgación del secreto. Mientras, que otros autores entienden que el consentimiento de uno de los

---

<sup>169</sup> Un claro ejemplo de ello es la ya comentada S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, ponente Exmo. Sr. Díez-Picazo y Ponce de León, en su F.J. 7º.

interlocutores para la grabación no justificaría el hecho de que posteriormente se divulgara a terceros dicha información<sup>170</sup>.

Además procede indicar que si bien hasta ahora hemos analizado el bien jurídico protegido por el art. 18.3 C.E.,-concretado en el secreto de las telecomunicaciones privadas<sup>171</sup>-también resulta necesario hacer referencia a cuál es el bien jurídico protegido por el art. 197 del Código Penal<sup>172</sup>, precepto que sanciona, entre otras conductas, la interceptación u observación de las comunicaciones telefónicas.

---

<sup>170</sup> Precisamente de este parecer es MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 248 así como REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 461, al señalar que el hecho de que en el curso de una conversación se hagan comentarios relativos a la intimidad de uno de los sujetos, no faculta a que uno de ellos lo grabe para su posterior divulgación a un tercero ni que autorice a un tercero para ello, criterio que comparto plenamente toda vez que únicamente el titular del bien jurídico es quien puede decidir difundir o no tal información.

<sup>171</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 24, no deja lugar a confusiones al concluir : “**El bien jurídico protegido es el secreto de las telecomunicaciones privadas, el cual presupone evidentemente la libertad de comunicación**” (negrilla mía).

<sup>172</sup> El apartado 1º del art. 197 C.P. es del tenor literal siguiente: “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

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

Es doctrina pacífica y reiterada conforme a la cual el bien jurídico protegido por el art. 197 C.P. es la intimidad del sujeto pasivo. Así, cabe citar a REBOLLO VARGAS<sup>173</sup>, al analizar el indicado precepto sostiene que: “(...) el bien jurídico protegido no es otro que el derecho a la intimidad del sujeto pasivo, por lo que la referencia al secreto deviene innecesaria y superflua”, añadiendo además que la interceptación de las telecomunicaciones debe interpretarse en sentido amplio, concretamente “como cualquier conducta llevada a cabo por un tercero que tenga la finalidad de atentar contra la intimidad de alguien (...)”.

En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS<sup>174</sup> concluyen que el bien jurídico protegido por el art. 197 C.P. es la intimidad proyectada en el ámbito de la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas.

En conclusión, todo ello ha llevado a la doctrina mayoritaria<sup>175</sup> a sostener que el bien jurídico protegido en el art.

---

<sup>173</sup> REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ob.cit, págs. 456 a 458.

<sup>174</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS (Fermin): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición, ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2004, pág. 1.037.

<sup>175</sup> Así, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 24, al afirmar que: “El bien jurídico protegido es el secreto de las telecomunicaciones privadas, el cual presupone evidentemente la libertad de comunicación”; RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., pág. 28, según el cual: “En conclusión, este derecho ampara al ciudadano contra todo tipo de intromisiones, por nimias que puedan parecer, en su libre comunicar con los demás; **porque el secreto de las comunicaciones, objeto de tutela específica en la norma constitucional, presupone la libertad de las mismas**” (negrilla mía); Asimismo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 94 afirma que: “El

18.3 C.E. es el secreto de las comunicaciones privadas, el cual presupone la libertad de comunicación.

---

párrafo tercero del artículo 18 de la vigente Constitución española garantiza el secreto de las comunicaciones, lo que significa garantizar la libertad de comunicación, que es, en este caso, el objeto del presente derecho y el bien constitucionalmente protegido”.



## **7) Requisitos para la licitud de la adopción de una medida de intervención telefónica**

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

Es pacífica y reiterada la doctrina jurisprudencial que distingue claramente entre estas dos clases de requisitos, y precisamente así se pronunció ya el importante A.T.S. de 18.06.1992 (RJ 1992/6102) y posteriormente entre muchas otras, la S.T.S., 2ª, de 11.05.1998 (RJ 1998/4356) y la S.T.S., 2ª, de 23.06.1999<sup>176</sup>(RJ 1999/5844), al considerar que las exigencias de

---

<sup>176</sup> La referida resolución, con cita de doctrina jurisprudencial anterior, concretó en su F.J. 2º cuáles son los requisitos de orden constitucional que deben observarse para que sea válida la medida de intervención telefónica: necesidad de resolución judicial; la cual debe estar motivada; debe ser proporcional; también específica y adoptada en el seno de un procedimiento judicial.

Dicha línea jurisprudencial ha sido posteriormente sostenida por numerosas resoluciones como la S.T.S. de 06.11.2000, ponente Exmo. Sr. Ramos Gancedo, en su F.J. 3º; de 14.01.2002, 2a, ponent (RJ 2002/1189) y la S.T.S., 2a, 09.03.2007 (RJ 2007/802), ponente Exmo.Sr. Monterde Ferrer, la cual tras enumerar los requisitos del orden constitucional, dispuso que su no observancia conlleva la ilegitimidad de la medida de intervención telefónica por vulneración del art. 18.3 C.E. con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie conexión de antijuricidad, concretó cuáles son los requisitos de mera legalidad ordinaria o procesal: "(...) la aportación de las cintas originales íntegras al proceso y la efectiva disponibilidad de este material para las partes junto con la audición o lectura de las mismas en

limitación temporal y control judicial no son de carácter o relevancia constitucional sino de legalidad ordinaria.

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

### **7.1) Exclusividad jurisdiccional y procedimiento legalmente establecido**

Es una exigencia constitucional indiscutida que la medida de intervención telefónica ha de ser acordada por el Juez<sup>177</sup> tal y como

---

el juicio oral lo que le dota de los principios de oralidad o contradicción, salvo que, dado lo complejo o extenso que pueda ser su audición se renuncie a la misma, bien entendido que dicha renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducidas en el Plenario”. Entre las resoluciones del T.C., procede indicar la S.T.C. 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001/14) y 138/2001, de 18 de junio (RTC 2001/138); S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre (RTC 2005/259), y S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio (RTC 2006/219).

<sup>177</sup> Sobre el principio de exclusividad jurisdiccional así como de la consideración por parte del T.C. de que la determinación de cuál es el órgano judicial competente para autorizar un determinado acto de injerencia en el secreto de las comunicaciones queda fuera del ámbito de protección del art. 24.2 C.E. relativo al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, vid. RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 50 a 55, así como la S.T.C. 171/1999, 2a, de 27 de septiembre (RTC 1999/171), que sigue la línea jurisprudencial representada por la importante S.T.C., Pleno, 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49). Este criterio del T.C. es exactamente el seguido por el T.S. según el cual el derecho al Juez predeterminado por la Ley únicamente quedaría afectado en el caso de que el asunto se atribuyese a una jurisdicción especial y no a la jurisdicción ordinaria, en este sentido, S.T.S. de 11.05.1998 (RJ 1998/4356). Sobre la problemática en orden a la competencia territorial del Órgano judicial que haya de acordar la medida de intervención telefónica con el objeto de evitar una nulidad de actuaciones por tratarse de actos producidos con manifiesta falta de competencia objetiva (art. 238.1 L.O.P.J.), veáse RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 50 a 65, según el cual, lo que resulta evidente es que una vez admitido que el Juzgado en

se desprende del tenor literal del art. 18.3 C.E. según el cual se garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial así como del art. 579.4 de la L.E.Crim. Y ello es así, toda vez que tal y como veremos más adelante, es el Juez quien tiene los indicios delictivos -relación entre la persona y el delito investigado- y a la vista de los mismos debe valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida.

Asimismo es reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial que establece como requisito indispensable que sea la Autoridad judicial quien adopte la autorización de la intervención telefónica. En este sentido se pronunciaron las S.S.T.S. de 11.04.1997 (RJ 1997/2802) y de 22.07.1998 (RJ 1998/6177), estableciendo esta última en su F.J. 4º que: “siempre será preciso que la intervención se ordene estando el Juez a presencia de una denuncia en el sentido de los artículos 259 y 269 de la LECrim, con objeto de comprobar el hecho denunciado si revistiere carácter de delito”<sup>178</sup>. Y entre las más recientes, cabe destacar la S.T.S, 2ª, de 09.03.2007 (RJ 2007/802) así como la S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre (RTC 2005/259), y la S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio (RTC 2006/219).

---

funciones de Guardia puede autorizar una medida de intervención telefónica, resulta indispensable que posteriormente éste remita al órgano instructor el original de las actuaciones o al menos del Auto autorizando la intervención judicial, a fin de evitar los problemas que la falta de traslado conllevaría-piénsese a modo de ejemplo que al órgano instructor se le privase de conocer cuáles han sido los motivos para adoptar la intervención telefónica. En este sentido, S.S.T.S., 2a de 12.04.1997 (RJ 1997/2817) y de 27.12.2001 (RJ 2002/2005).

<sup>178</sup> De igual modo, la S.T.S. de 21.09.1998 (RJ 1998/7497) manifestó claramente que lo relevante a efectos constitucionales es que la medida de intervención telefónica sea acordada por la autoridad judicial.

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

Esta doctrina fue reiterada por las S.S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126) y S.T.C. 14/2001 de 29 de enero (RTC 2001/14) y S.T.C. 17/2001, de 29 de enero (RTC 2001/17).

Cuestión distinta es cuál ha de ser el trámite o cauce procedimental en que debe ser acordada la medida de intervención telefónica por la autoridad judicial, lo cual ha sido motivo de polémica tal y como apunta RODRÍGUEZ LAINZ<sup>179</sup> tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial.

La principal discusión versaba fundamentalmente sobre la admisión o no del cauce procedimental de las Diligencias Indeterminadas <sup>180</sup> o también denominadas de Asuntos

---

<sup>179</sup> RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 65 y ss.

<sup>180</sup> Tal y como establece RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit. pág. 102, la regulación de las diligencias indeterminadas se contiene en la Circular de la Inspección Central de Tribunales de 24.10.1977, la cual admitiría si bien no de un modo expreso si de forma implícita la utilización de este cauce procesal para expedir un mandamiento de registro de intervenciones telefónicas cuando no haya un procedimiento criminal en trámite.

Indeterminados o varios, como vía o proceso adecuado para la autorización y ejecución de una medida de intervención telefónica.

Cabe destacar que la doctrina<sup>181</sup> ha sido más reacia que la jurisprudencia a la hora de admitir la validez del cauce de las Diligencias Indeterminadas. Así LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ<sup>182</sup>, considera que es necesario que exista una instrucción penal previa, ya sea un sumario o bien unas diligencias previas, y en definitiva exista una instrucción formal previa, así como LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>183</sup> según el cual a fin de evitar escuchas predelictuales o de prospección, es necesario que previamente exista una causa penal en trámite y bastante avanzada, razón por la cual concluye que no son admisibles las intervenciones telefónicas acordadas en el marco de unas diligencias indeterminadas. Por contra, RODRÍGUEZ LAINZ<sup>184</sup>, estima que si bien la adopción de la intervención telefónica en el trámite de unas diligencias indeterminadas no afecta a la validez del acto de injerencia, lo correcto sería hacer uso de unos de los dos procedimientos

---

<sup>181</sup> Otros autores que también se han mostrado contrarios a admitir la autorización de intervenciones telefónicas en el marco de las diligencias indeterminadas, han sido GIMENO SENDRA, Vicente y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, Tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1ª edición, 2000, págs. 412 y 413.

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

<sup>182</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. pág. 83.

<sup>183</sup> LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. pág. 185.

<sup>184</sup> RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., págs. 73 y 74.

previstos expresamente en la L.E.Crim. a tal fin, esto es, las diligencias previas o bien los procedimientos sumarios.

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

Los primeros pronunciamientos del T.S. estimaban que no se podía acordar la interceptación de comunicaciones telefónicas en el ámbito procedimental de las diligencias indeterminadas sino en el marco de un proceso penal en curso, ya fuese en forma de diligencias previas o de sumario, según la entidad de los hechos que fuesen objeto de investigación -S.S.T.S., 2ª, de 25.06.1993 (RJ 1993/5244), y de 25.03.1994 (RJ 1994/2592)<sup>185</sup>-.

Posteriormente la jurisprudencia de los más Altos Tribunales de nuestro ordenamiento jurídico experimentó un cambio notorio,

---

<sup>185</sup> Las citadas resoluciones consideraban que las Diligencias Indeterminadas, que pueden constituir un apartado específico de los libros registrales de un Juzgado de Instrucción siempre que se utilicen para anotar aquellos asuntos que no tienen un encaje fácil en los libros de asientos ordinarios o generales, y que en definitiva sirven para dejar constancia fehaciente de una actuación judicial, no pueden ser el marco en que se adopte una intervención telefónica, puesto que ésta no es una mera diligencia burocrática que puede solventarse con un número registro en el libro de asuntos indeterminados. Por contra, exigían que la autorización de intervención telefónica se produjese en el ámbito de un verdadero procedimiento criminal -ya sea sumario o diligencias previas-.

al disponer que no es relevante a efectos de validez de la intervención telefónica, la denominación procesal bajo la que se tramitasen las actuaciones, ya fuese un sumario ordinario, un procedimiento abreviado, unas diligencias indeterminadas o unas diligencias previas, ya que lo importante es que todos estos procedimientos están sujetos al control del órgano jurisdiccional, por lo que no se causa indefensión alguna<sup>186</sup>, admitiendo incluso

---

<sup>186</sup> En este sentido, cabe citar entre los pronunciamientos del T.S., el anteriormente comentado caso Naseiro, Auto de 18.06.1992, el cual fue muy claro al disponer que: “(...) **la forma que adopten las diligencias no afectará a la corrección de la intervención/observación si en su efectividad responden a la exigencia de un cauce procesal adecuado para su control**” (negrilla nuestra), es por todo ello por lo que concluyó que ha de interpretarse en sentido amplio el término “causa”, toda vez que lo que importa es su contenido y no su nombre. Asimismo, las S.S.T.S., 2ª, de 11.10.1994 que dispuso expresamente: “que no afecta a la corrección de la intervención la forma que adopten las diligencias “judiciales” (pero siempre judiciales, Sentencia de 25 junio 1993 [RJ 1993\5244]) si de alguna manera responden a un cauce procesal adecuado a su control, por lo que el término “causa” ha de entenderse en su sentido amplio» (Sentencias de 5 y 15 julio 1993 [RJ 1993\5875 y RJ 1993\6086]). En el mismo sentido, S.T.S., 2ª, de 26.09.1995 (RJ 1995/6746), la cual en su F.J. 3º, hace referencia a que existe una reciente línea jurisprudencial que ha suavizado el requisito del procedimiento penal en que debe acordarse una medida de intervención telefónica, en aquellos casos que existan razones apremiantes que fuerzan su utilización, ya que lo esencial es que exista una motivación suficiente que justifique la medida y que sea adoptada por el Juez competente, si bien en el caso enjuiciado estimó que la intervención telefónica no se realizó con las debidas garantías; en el mismo sentido, S.S.T.S., 2ª, de 20.01.1998 (RJ 1998/75); de 21.09.1998 (RJ 1998/7497), la cual dispuso que incluso es intrascendente a efectos de legalidad constitucional la ausencia de auto de incoación, en base a la doctrina jurisprudencial antes indicada. Entre las resoluciones más recientes, se halla la S.T.S. de 06.11.2000 (RJ 2000/8929), con cita de anteriores resoluciones (F.J. 4º).

Cabe destacar que incluso en ocasiones el Alto Tribunal ha reconocido de forma expresa la validez de las Diligencias Indeterminadas, así lo ha hecho en sus S.S.T.S. de 22.04.1999 (RJ 1999/4864), F.J. 4º y de 23.06.1999, del mismo ponente (F.J. 3º); de 21.09.1998 (RJ 1998/7497) antes citada, y de 11.04.2001 (RJ 2001/2978). Asimismo las S.S.T.S., 2ª, de 03.04.1998 (RJ 1998/3282) y de 22.07.1998 (RJ 1998/6177), sostienen el criterio que las diligencias indeterminadas pueden ser consideradas procedimiento suficiente para el inicio del acto de injerencia, o dicho de otro modo, que la puesta en conocimiento al Juzgado de una *notitia criminis* puede servir de base a la licitud de una intervención telefónica con independencia de cuál sea el trámite procesal en el que se acuerde, con tal que se produzca en virtud de una resolución judicial que reúna todos los requisitos y formalidades.

que el procedimiento judicial penal se incoase al mismo tiempo de adopción de la medida, esto es, en el propio Auto de incoación de diligencias previas<sup>187</sup>.

Además de conformidad con pacífica reiterada doctrina jurisprudencial<sup>188</sup>, cabe tener presente que la adopción del acto de injerencia en el cauce de unas Diligencias Indeterminadas no

---

Sin embargo, dichas resoluciones pueden confrontarse con las S.S.T.S. de 26.09.1995 (RJ 1995/6746) y de 22.04.1999 (RJ 1999/4864), que se pronuncian en contra de la admisibilidad de las diligencias indeterminadas como cauce adecuado para la autorización de una intervención de las conversaciones telefónicas. La primera de ellas, razona la nulidad de las escuchas telefónicas acordadas mediante diligencias indeterminadas, no sin hacer referencia a la existencia de una línea jurisprudencial que ha flexibilizado de forma considerable la utilización de este cauce cuando existan razones apremiantes que lo justifiquen, si bien tras analizar el caso enjuiciado en su F.J. 3º concluye que: “La utilización de un libro registro especial para las denominadas Diligencias Indeterminadas es contrario a la normativa vigente ya que sólo se admite la incoación de asuntos penales por la vía de Diligencias Previas o Sumarios”, y asimismo la citada sentencia de 22.04.1999, establece de forma contundente que: “La autorización debe darse en el seno de una investigación judicial ya abierta, no siendo admisibles las legalmente inexistentes Diligencias Indeterminadas, que a pesar de todo, en algunos Juzgados todavía se resisten a desaparecer”.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial del T.C. cabe señalar sus S.S.T.C. 50/1995, de 23 de febrero (RTC 1995/50) y S.T.C. 103/1996, de 11 de junio (RTC 1996/103) al afirmar que las diligencias indeterminadas son un mero procedimiento, que no proceso judicial, pero ello no supone de por sí mismo la existencia de una irregularidad procesal susceptible de ser sancionada con la nulidad de lo actuado. También son de destacar las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49) y S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126).

<sup>187</sup> La S.T.S., 2ª, de 05.11.1997 (RJ 1997/7913), consideró plenamente válida la intervención telefónica autorizada conjuntamente en la misma resolución que ordenaba la incoación de diligencias previas (F.J. 1º).

<sup>188</sup> Así lo han sostenido las S.S.T.S., 2a, de 28.09.1998 (RJ 1998/7368), F.J. 1º; de 16.02.1998 (RJ 1998/1734), F.J. 2º y 5º; de 07.03.1998 (RJ 1998/2345), la cual en su F.J. 2º dispuso de forma contundente que: **“Basta por ello con el auto del Juez con la fe del Secretario, sin que tenga que ver el que en tal etapa procesal y el específico procedimiento se califique de Previas o Indeterminadas”**(negrilla nuestra); o entre las más recientes de 01.02.2002 (RJ 2002/1588), que tras aceptar que el uso de las diligencias indeterminadas constituye una irregularidad procesal, estima que ello “(...) no determina por sí misma la nulidad de la resolución judicial, pues lo relevante no es el nombre, sino la naturaleza real de las diligencias, como procedimiento judicial” (F.J. 12º).



viciaría de inconstitucionalidad la decisión judicial ni implicaría una vulneración del derecho fundamental del art. 18.3 C.E. sino que se trataría únicamente de una deficiencia de legalidad ordinaria.

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

## **7.2) Existencia de indicios delictivos**

La existencia de indicios delictivos se configura como un requisito de orden constitucional y no de simple legalidad ordinaria, de conformidad con pacífica doctrina jurisprudencial del T.C. representada por su importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril (RTC 1999/49)<sup>189</sup>, y que ha sido posteriormente reiterada en sus S.S.T.C. 165/2005, de 20 de junio (RTC 2005/165) y de 209/2007, de 9 de marzo (RTC 2007/209).

---

<sup>189</sup> Concretamente la referida resolución al exigir que los indicios deben ser algo más que meras sospechas, estableció que se trataba de un requisito constitucional y no de legalidad ordinaria: **“Esa exigencia, que ahora se proyecta también sobre las intervenciones telefónicas, no es meramente de carácter legal; sino que procede de la Constitución. Entender la Constitución de otro modo supondría dejar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de todos los ciudadanos al arbitrio de los poderes públicos”** (negrilla mía).

Efectivamente tal y como apunta TORRES MORATO<sup>190</sup> la existencia de indicios delictivos es uno de los pocos requisitos que exige expresamente el art. 579.2 de la L.E.Crim. para adoptar la medida restrictiva del derecho consagrado en el art. 18.3 C.E.

Ahora bien, ¿qué hay que entender por indicios delictivos? el término indicio ha sido equiparado a sospecha fundada, y una de las primeras resoluciones que sentó dicho criterio fue el comentado Auto del T.S. de 18.06.1992 (RJ 1992/6102), en el conocido caso Naseiro<sup>191</sup>, la cual tras poner de relieve la insuficiencia de la normativa existente sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico, concluyó que las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas eran nulas por concurrir múltiples irregularidades en el proceso de adopción de tales medidas de intervención telefónica, entre ellas la no exteriorización de los indicios delictivos en la autorización judicial así como la falta de motivación en la resolución judicial, una ausencia de control judicial y una evidente desproporción entre las medidas, entre otros.

El referido criterio ha sido el posteriormente seguido por numerosos pronunciamientos judiciales, entre los que cabe

---

<sup>190</sup> URBANO CASTRILLO, Eduardo de y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La Prueba Ilícita Penal*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 254.

<sup>191</sup> Conforme al citado A.T.S. de 18.06.1992 los indicios racionales de criminalidad del art. 579 de la L.E.Crim. son: "(...)las indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, de la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho punible objeto de investigación". La referida resolución además sentó que no puede ser indicio la mera manifestación policial de sospecha, sino que debe ir acompañada de algún otro dato que permita al Juez valorar la racionalidad de su decisión en base a la proporcionalidad.

destacar las S.S.T.S. de 25.0.1993 (RJ 1993/5244)<sup>192</sup>, de 23.12.1994 (RJ 1994/10266)<sup>193</sup>; S.T.S. de 01.12.1995 (RJ 1995/9031)<sup>194</sup>; S.T.S. de 23.07.2001 (RJ 2001/7297)<sup>195</sup>; S.T.S. de 30.03.2004 (RJ 2004/2716); S.T.S. de 16.06.2004 (RJ 2004/4797); S.T.S. de 16.11.2006 (RJ 2007/44) y de 09.03.2007 (RJ 2007/1929)<sup>196</sup>, entre muchas otras.

Por su parte, el T.C. reconoce que la relación entre el sujeto investigado y la posible comisión de la infracción criminal objeto de investigación no puede basarse en meras conjeturas, sino en indicios que puedan ser apreciados por terceras personas y que

---

<sup>192</sup> Dicha sentencia entiende que: “no se puede autorizar la inmisión en un derecho fundamental con una resolución colgada del vacío y sin un soporte firme en un procedimiento penal que corresponde posteriormente desarrollar al Juez que autoriza la intrecpetación de las comunicaciones telefónicas”.

<sup>193</sup> Conforme a la referida sentencia: “(...) la decisión del órgano judicial (...) ha de fundarse en indicios constatables en las actuaciones, que pueden ser, obviamente, los que le facilite la Policía en el “petitum” de la medida, ampliados o no según lo estime el Juez, (...), expresivos de la racionalidad de la noticia y probabilidad de la existencia del ilícito que se quiere comprobar, lo que descarta las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo concreto”.

<sup>194</sup> Por su parte dicha sentencia estableció de forma clara en su F.J. 9º que deben rechazarse las escuchas predelictuales: “La adopción de la medida exige la previa existencia de indicios delictivos, no equivalentes a las meras sospechas o conjeturas, en tanto que es la probabilidad de la presunta infracción la que marcará la pauta a seguir, que en eso precisamente consiste la proporcionalidad, todo lo cual descarta desde luego las escuchas «predelictuales» o de «prospección» si van desligadas de la realización de hechos delictivos concretos”.

<sup>195</sup> Resulta ciertamente expresiva la definición de indicios que realiza dicha sentencia: “decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos valorables, por tanto verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad”.

<sup>196</sup> La referida resolución al referirse a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, dispuso lo siguiente: “Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación”.

proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito.

En este sentido, cabe citar entre muchas otras, la ya comentada S.T.C. 49/1999, de 5 de abril así como la S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166), la cual tras hacer expresa referencia a la jurisprudencia del T.E.D.H., consideró que en el caso enjuiciado sí que concurrían indicios suficientes para la adopción de la medida de intervención telefónica <sup>197</sup> ; S.T.C. 171/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/171); S.T.C. 299/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000/299) y S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre (RTC 2001/202).

Asimismo cabe destacar la importante S.T.C. 184/2003, de 23 de octubre (RTC 2003/184) en el conocido caso Prado Burgallo, en la cual tras realizar una dura crítica a la redacción actual del art. 579 L.E.Crim. por estimarlo insuficiente, dispuso que la resolución judicial que adopta la medida de intervención telefónica únicamente es legítima si exterioriza las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención; Asimismo procede hacer referencia a la S.T.C. 165/2005, de 20 de junio (RTC 2005/165), en la que expresamente dispuso que la exigencia de

---

<sup>197</sup> Concretamente la S.T.C. 166/1999 en su F.J. 8º dispuso lo siguiente: **“Estas sospechas han de fundarse en «datos fácticos o indicios», en «buenas razones» o «fuertes presunciones» (SSTEDH caso Klass, Sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso Lüdi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1), o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3)”**.

indicios delictivos no puede equipararse a meras sospechas o conjeturas.

También resulta preciso citar la S.T.C. 26/2006, de 30 de enero (RTC 2006/26) en cuyo F.J. 6º, con referencia expresa a la jurisprudencia del T.E.D.H., establece que si bien lo deseable es que los indicios objetivos que justifiquen la intervención telefónica se expresen directamente en la resolución judicial, es jurisprudencia consolidada del T.C. conforme a la cual la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder realizar con posterioridad el correspondiente juicio de proporcionalidad.

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

Entre muchos autores, LÓPEZ BARJA<sup>198</sup> considera que la inexistencia de indicios en que fundamentar el Auto que acordase la medida de intervención telefónica vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva que los Jueces deben otorgar en aplicación del art. 24.2 C.E. Insiste dicho autor en que no debe olvidarse que

---

<sup>198</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. págs. 184 y 185.

la Ley exige “indicios” y que éstos, tal y como ha dicho en reiteradas ocasiones el T.C. son distintos de las meras sospechas.

En igual posición se sitúa FERNÁNDEZ-ESPINAR<sup>199</sup>, para quien: “la sospecha fundamentadora de la injerencia en este derecho fundamental debe revestir intensidad y reclamarse exquisitamente del material fáctico preexistente en la causa, debiendo albergarse la duda en el ánimo del Juez y siendo, por todo lo dicho, inviable que una escucha ocasione la formación de una causa, dado que el proceder es inverso, es decir, se ordena una intervención telefónica en mérito a la posibilidad racional –con los datos que operan en poder del Juez- de obtener el descubrimiento o comprobación de algún hecho relevante para la causa”.

Por su parte TORRES MORATO<sup>200</sup>, entiende que cuando la policía o el Ministerio Fiscal solicitan que se adopte la observación, deben hacer constar en qué consisten los indicios, los cuales han de ser lógicamente racionales por equiparación con el art. 384 de la Ley Procesal Penal, para que el Juez los valore convenientemente.

Finalmente GARCÍA VALTUEÑA<sup>201</sup> sintetiza la necesidad de apreciar los indicios de una forma muy clara toda vez que entiende que lo importante es que el Juez, antes de adoptar la intervención telefónica, cuente con un material fáctico que avale tal decisión,

---

<sup>199</sup> 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”, ob.cit., pág. 28.

<sup>200</sup> TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La Prueba Ilícita Penal*, ob.cit. pág. 255.

<sup>201</sup> GARCÍA VALTUEÑA, Eduardo: “El Auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal”, *La restricción de los Derechos Fundamentales de la persona*, CDJ, CGPJ, 1993, pág. 345.

reconociéndole un cierto ámbito de discrecionalidad en función de los hechos investigados y de las personas sometidas a dicha medida.

### **7.3) Principio de proporcionalidad y subprincipios que lo integran**

El principio de proporcionalidad si bien no está reconocido de forma expresa en nuestra Constitución sí resulta inherente al Estado de Derecho, del valor de la justicia, y del principio de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, configurándose además como un requisito de orden constitucional y no de mera legalidad ordinaria<sup>202</sup> y al mismo tiempo como pilar esencial de toda autorización judicial de injerencia en el secreto de las comunicaciones<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> Tal afirmación se deduce claramente entre muchas otras de la importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril.

<sup>203</sup> Ni que decir tiene que el principio de proporcionalidad deriva de una doctrina que es común a toda restricción de derechos fundamentales -y no únicamente específica de la restricción del derecho del art. 18.3 C.E.-, que tiene a su vez su base en los principios y valores arriba apuntados, tales como el valor de justicia, el principio del Estado de Derecho, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, si bien es cierto que el principio de proporcionalidad juega un papel clave a la hora de autorizar la injerencia de las conversaciones telefónicas. Precisamente la S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, 1a, fue más allá y consideró que todos los requisitos que deben concurrir para autorizar escuchas telefónicas derivan del principio común de la proporcionalidad, al establecer literalmente en su F.J. 2º: “La proporcionalidad implica, además, de un lado, que la medida sólo puede ser adoptada por resolución judicial que exprese la ponderación exigida por el juicio de necesidad en atención a los fines legítimos y a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento (SSTC 160/1994 [ RTC 1994\160], 50/1995 [ RTC 1995\50], 181/1995, 49/1996, 54/1996, fundamentos jurídicos 7º y 8º); de otro, que la ejecución de la misma debe atenderse a los estrictos términos de la autorización, tanto en cuanto a los límites materiales o temporales de la misma como a las condiciones de su autorización (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3º, 86/1995, fundamento jurídico 3º, 49/1996 fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º); y, finalmente, que la medida debe ser

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

En el mismo sentido, es de destacar la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123), que con expresa cita de jurisprudencia anterior así como de la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. inherente a la interpretación hermenéutica al art. 8 del C.E.D.H. en orden a los requisitos que deben concurrir para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas de un particular, llegó a atribuir incluso mayor relevancia al juicio o principio de proporcionalidad que al requisito de motivación de la autorización judicial de injerencia<sup>204</sup>.

De los pronunciamientos comentados podemos concluir que el principio de proporcionalidad exige una relativa gravedad de la infracción perseguida así como una ponderación de los intereses en

---

verificada bajo control judicial (por todas SSTC 49/1996, fundamento jurídico 3º, 121/1998, fundamento jurídico 5º y 151/1998, fundamento jurídico 4º).

<sup>204</sup> Concretamente llegó a concluir que: "(...) lo importante, dada la naturaleza y justificación de la medida, no es tanto la motivación en el sentido antes expuesto, cuyas exigencias no son trasladables a este tipo de resolución, sino la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso, según el derecho fundamental afectado, haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad inherente a la justicia".



juego por parte de la Autoridad judicial para discernir si la intromisión y consiguiente restricción del derecho fundamental en beneficio del interés público debe primar sobre el interés del titular del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

### **7.3.1) Delitos que pueden justificar la injerencia en el secreto de las comunicaciones**

Nos encontramos con la dificultad de determinar qué clase de delitos pueden justificar la autorización de una interceptación telefónica, toda vez que la L.E.Crim. no hace mención alguna a este presupuesto que estimo vital, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos en los que sí se determina de forma específica qué supuestos pueden dar lugar a una injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>205</sup>.

El T.S., en el llamado caso Naseiro, de 18.06.1992 (RJ 1992/5162), abordó directamente dicha problemática y concluyó

---

<sup>205</sup> A modo de ejemplo cabe citar a Alemania, en que tanto la Ley de 13 de agosto sobre Limitación del Secreto Postal, Epistolar y Telefónico así como el art. 100.a) de la Ley Procesal Penal Alemana (St. PO.) de 07.01.1975, disponen de forma taxativa los delitos que por su gravedad -tales como hechos punibles contra la defensa del Estado, orden público, falsificación de moneda, contra la vida, la libertad personal o robo, entre otros- pueden justificar la adopción de una medida de intervención telefónica. En el caso de Italia es el Código de Procedimiento Penal de 1988, cuyo art. 266, establece un listado *numerus clausus* de los delitos que pueden ser susceptibles de motivar una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. Asimismo veáse los comentarios realizados sobre dichos Ordenamientos jurídicos en el apartado relativo al Derecho Comparado, así como RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob. cit, pág. 115, en cuya nota a pie de página hace referencia a la regulación existente en otros países en orden a la previsión normativa de los supuestos susceptibles de autorizar una intervención telefónica.

que sólo los delitos graves pueden dar lugar a una interceptación telefónica. También ha sido muy importante la labor clarificadora llevada a cabo por la doctrina científica<sup>206</sup>. Así LÓPEZ FRAGOSO<sup>207</sup> propone una reforma del art. 579 L.E.Crim. en el sentido de introducir un catálogo de delitos o criterios en base a los cuales pueda autorizarse una medida de intervención telefónica, no sin antes sostener que de la ausencia de previsión normativa no puede deducirse que la intervención telefónica pueda ordenarse para cualquier tipo de infracción penal, excluyéndose de inicio las infracciones constitutivas de simples faltas.

Por su parte LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>208</sup>, considera que al interpretar el apartado 2º del art. 8 del C.E.D.H., el cual

---

<sup>206</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., recoge la opinión de diversos autores sobre esta materia, págs. 116 a 118. Asimismo resulta muy interesante el análisis de los delitos que pueden justificar la injerencia en las comunicaciones telefónicas que realiza RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., en sus págs. 133 a 139. Por su parte, MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 122 y 123, tras señalar que en nuestro Ordenamiento jurídico no existe prevista normativa alguna sobre el tipo de delitos que el legislador considera suficientemente graves como para autorizar una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, sostiene que sólo existirá proporcionalidad cuando la acción delictiva que se pretende perseguir tiene cierta gravedad, instando al legislador a una reforma legal sobre la materia en aras de una mayor seguridad jurídica, todo ello sin perjuicio de la importante labor que el juez pueda realizar de interpretación y aplicación del Derecho.

<sup>207</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 70 a 72.

<sup>208</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., págs. 30 a 35, en las cuales analiza el contenido del art. 8.2 del C.E.D.H. que exige que la medida de intervención telefónica: "(...) sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o de la protección de los derechos y libertades de los demás". Precepto que como se desprende de su simple lectura es muy amplio, y procede en consecuencia relajar una interpretación restrictiva del mismo para evitar que la intromisión sistemática del derecho al secreto de las comunicaciones.

establece las excepciones en las cuales resulta lícita la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, es imprescindible realizar una interpretación restrictiva de las mismas a fin de evitar que el derecho a la intimidad pueda vulnerarse simplemente para proteger la moral o para prevenir el delito y asimismo sostiene que hay que tener muy presente el principio de necesidad de su medida.

Efectivamente la interpretación del indicado principio es fundamental toda vez que se configura como el presupuesto para la autorización de una intervención telefónica<sup>209</sup>, y al estar redactado el art. 8.2 del C.E.D.H. de una forma tan amplia, comparto el criterio de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA según el cual la regla general habrá de ser la no intromisión y que posiblemente hubiese sido preferible otra redacción del referido precepto del C.E.D.H. que no dejase un margen de interpretación tan amplio del principio de necesidad<sup>210</sup>.

GARCÍA ARÁN<sup>211</sup>, sostiene el criterio que a pesar de que la L.E.Crim. no disponga expresamente qué delitos son susceptibles por su naturaleza de justificar la adopción de una medida de intervención telefónica, si atendemos a la necesaria

---

<sup>209</sup> Toda vez que tal y como hemos apuntado el art. 8.2 del C.E.D.H. establece como requisitos que la medida de intervención telefónica **sea necesaria** para la seguridad nacional, etc.

<sup>210</sup> La alternativa propuesta por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 35 es la siguiente: “La necesidad supone que sólo es admisible la injerencia en los casos imprescindibles, y ello sólo en la medida que sea adecuada”.

<sup>211</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes y CÓRDOBA RODA, Juan: *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, ob.cit., pág. 2.494.

proporcionalidad de la medida sólo los delitos graves son los que pueden lugar a una medida de intervención telefónica.

Por su parte la jurisprudencia del T.E.D.H. ha interpretado el concepto de necesidad de la medida en una sociedad democrática prácticamente siempre vinculado a los problemas de alta criminalidad en la sociedad -nuevas formas de espionaje y terrorismo-, de tal modo que para el Alto Tribunal Europeo las disposiciones legislativas que admiten medidas de vigilancia tales como las intervenciones telefónicas son “en una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional y/o para la defensa del orden y para la prevención de los delitos”, tal y como dispuso en su conocida Sentencia de 06.09.1978, caso Klass y otros contra Alemania<sup>212</sup>.

A mi parecer a pesar de que en nuestra regulación actual no existe ningún listado de delitos que por su gravedad o trascendencia social justifiquen la adopción de la medida de intervención telefónica, no es posible acudir al art. 8 del C.E.D.H. para determinar qué tipo de delitos pueden dar lugar a una medida

---

<sup>212</sup> Concretamente en la referida S.T.E.D.H. de 06.09.1978 se estableció que: “Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de forma que el Estado, para combatir eficazmente estas amenazas, debe estar capacitado para vigilar en secreto los elementos subversivos que operan en su territorio”. Además el T.E.D.H. argumentó que para no extralimitar el concepto de “necesidades” del art. 8. 2 del C.E.D.H. debían respetarse en la mayor medida posible los valores de una sociedad democrática en el procedimiento de control de la medida, tales como la preeminencia del Derecho, que implica que la exigencia de un control judicial de la medida. Asimismo el T.E.D.H. estableció que cualquiera que sea el sistema de vigilancia adoptado, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos.

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

de intervención telefónica por ser demasiado amplio, sino que abogo por una reforma de la L.E.Crim. en el sentido de incluir unos criterios o parámetros para determinar aquellas conductas que sean susceptibles de autorización de una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones.

Sin embargo, la indicada falta de previsión normativa de las infracciones penales que por su gravedad permitan autorizar una intervención telefónica, ha sido en gran medida suplida por la intensa labor de la jurisprudencia del T.S. así como del T.C., que ha sostenido de forma unánime el criterio que a pesar de que nuestro Ordenamiento jurídico no prevea un catálogo de delitos para cuya investigación está prevista la adopción de una medida de intervención telefónica, sólo los delitos más graves justifican el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Entre las resoluciones más recientes, procede citar las S.S.T.S., 2ª, de 09.03.2007 (RJ 2007/1929) y de 09.04.2007 (RJ 2007/2258)<sup>213</sup>.

---

<sup>213</sup> Ambos pronunciamientos coinciden al disponer que: “Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este modelo excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada, de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio la ponderación concretado en cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida”. Además dichas sentencias hacen referencia a resoluciones del T.E.D.H.- de 24.04.1990, casos *Kruslin* y *Hurvig*- que condenaron a Francia por no disponer de un catálogo de infracciones graves que justificasen una medida de intervención telefónica, a diferencia de lo que sucede en Alemania e Italia, concluyendo el T.S. que: “(...)en tanto no cumpla el legislador español esta exigencia dimanante del art. 8 CEDH. habrá de autolimitarse por vía interpretativa, todo órgano instructor, siguiendo por analogía «in bonem partem» lo previsto en el art. 503 LECrim. respecto a la prisión preventiva”.

Más concretamente, se ha declarado que concurre la necesaria proporcionalidad en los delitos contra la salud pública en general -entre otras S.S.T.S., 2ª, de 28.11.1994 (RJ 1994/9997)<sup>214</sup> y de 11.10.1996 (RJ 1996/7147)<sup>215</sup>, entre las más recientes S.S.T.S., 2ª, de 25.09.2000 (RJ 2000/8092) y de 06.11.2000 (RJ 2000/8929) y S.S.T.C. 171/1999, 2ª, de 27 de septiembre (RTC 1999/171) y la ya citada S.T.C. 49/1999, de 5 de abril-; en los delitos de tráfico de drogas organizado -S.S.T.S., 2ª, de 31.10.1994 (RJ 1994/9076)<sup>216</sup> y de 20.02.1999 (RJ 1999/512)<sup>217</sup> por la especial gravedad de los hechos-.

Asimismo también considera que existe proporcionalidad en los delitos relativos a la prostitución entre otras, S.S.T.S., 2ª, de 03.12.1993 (RJ 1993/9323) y de 19.01.1996 (RJ 1996/2) y en los delitos de asesinato y parricidio- S.T.S., 2ª, 08.05.1997 (RJ 1997/4035), - así como de homicidio consumado- S.T.S., 2ª, 20.12.2001 (RJ 2002/5662)-, delitos cuya investigación a

---

<sup>214</sup> Concretamente el F.J. 7º del referido pronunciamiento dispuso: “La proporcionalidad de la medida en este caso aparece justificada por afectar a un delito de gran trascendencia social, como es el tráfico de drogas. La trascendencia acusada excusa de mayor comentario“. Es de destacar que la mayor parte de las resoluciones judiciales versan sobre la autorización de intervenciones telefónicas en el marco de una investigación por delitos contra la salud pública.

<sup>215</sup> Resulta muy claro el criterio del T.S. al declarar que: “La proporcionalidad de la medida es indiscutible cuando se trata de poner coto al tráfico de drogas”.

<sup>216</sup> El F.J.4º de la referida S.T.S. 31.10.1994 estableció que: “La proporcionalidad se descompone en determinados presupuestos, requisitos y límites que han de ser observados para la validez y utilización de los resultados obtenidos. **Surge, enseguida, esta proporcionalidad, cuando lo que trata de descubrir es nada menos que una red de tráfico de drogas**” (negrilla mía).

<sup>217</sup> Es de destacar su F.J. 1º al hacer referencia a los delitos contra la salud pública objeto de enjuiciamiento dispuso: “No se discute la proporcionalidad de la medida ya que es evidente que nos encontramos ante unos hechos de una gravedad irrefutable y que precisamente por su entidad justifican la necesidad de acudir a estas medidas excepcionales para profundizar en su investigación”.

diferencia de lo que sucede en los delitos contra la salud pública, va dirigida al descubrimiento del autor y no al descubrimiento de la comisión de un delito.

La S.T.S. de 23.11.1998 (RJ 1998/9198), tras poner como ejemplo lo dispuesto en la Ordenanza Procesal Alemana, amplió el catálogo de delitos que por la gravedad que revisten respetan el principio de proporcionalidad, a los cometidos por bandas armadas y a los delitos violentos, como por ejemplo el robo con violencia en las personas, además de los relativos al tráfico de drogas<sup>218</sup>. Además la indicada resolución hacía referencia a la S.T.S. de 26.05.1997 (RJ 1997/4133), la cual en base a la jurisprudencia del T.E.D.H., razonó que la proporcionalidad ha de tener en consideración no sólo la gravedad de la pena fijada para el delito investigado sino también la trascendencia social del tipo<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> Concretamente la S.T.S., 2a, de 23.11.1998 en su F.J. 1º afirmó que: “Ciertamente la Ley Procesal vigente no enumera -como otras leyes europeas- los delitos que permiten para su descubrimiento recurrir a la intervención telefónica. La jurisprudencia ha aceptado -por regla- que la exigencia de proporcionalidad no ofrece dudas en los delitos de tráfico de drogas y en delitos cometidos por bandas armadas. No obstante, los delitos violentos, entre ellos el robo con violencia en las personas tienen una gravedad que no ha sido puesta en duda en ningún momento. Prueba de ello es que en el Derecho Europeo este delito aparece, por ejemplo, en la enumeración contenida en el parágrafo 100 a 2 de la Ordenanza Procesal Alemana. Se trata, como es claro, de hechos que tienen riesgo para bienes jurídicos personales de singular importancia y que, por ello, justifican una medida como la intervención telefónica”. Y finalmente concluyó: “Por lo tanto, si se tiene en cuenta la trascendencia de los bienes jurídicos puestos en peligro, es evidente que la proporcionalidad no puede ser cuestionada”.

<sup>219</sup> Precisamente en idéntico sentido, se posiciona RODRIGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 134: “(...) el criterio de gravedad de la pena no es el único que conforme el Ordenamiento Procesal debe permitirnos fijar el juicio de proporcionalidad, pues debe introducirse también el criterio de la relevancia o trascendencia social de delitos que pudieran tildarse de menos graves”. Asimismo MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 123, afirma que: “Los parámetros del principio de proporcionalidad son, en efecto, plurales. Se ha de tener en cuenta, en primer lugar, la presunta gravedad

Tal razonamiento ha conllevado la autorización de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones en la investigación de delitos que no tienen la consideración de graves como los delitos de contrabando, principalmente de tabaco -S.T.C., 2ª, 11.12.2000, RTC 2000/299 y S.T.S., 2ª, 18.01.2002 (RJ 2002/7390)-, respondiendo a mi parecer tal autorización a razones de política fiscal, y concretamente en el impacto económico y recaudatorio que supone el comercio ilegítimo de tabaco.

### **7.3.2) Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad**

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

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

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

---

jurídica de los hechos investigados, pero también otras consideraciones, como la gravedad social de los mismos”.



general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>220</sup>”.

Entre las más recientes, S.T.C. 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001/14) y S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre (RTC 2001/202) <sup>221</sup> , las cuales se refieren a tales principios conjuntamente y al examen de razonabilidad de la medida.

### **7.3.2.1) El subprincipio de necesidad**

El subprincipio de necesidad de la medida<sup>222</sup>, exige que la medida de injerencia debe ser imprescindible para conseguir el

---

<sup>220</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto, es interesante el análisis que del mismo realiza GAVARA DE CARA, Juan Carlos: “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de la restricción de los Derechos Fundamentales”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2003, ed. Aranzadi, según el cual conforme a la doctrina jurisprudencial del T.C., en cada caso concreto se debe ponderar la relación razonable entre la medida restrictiva y la finalidad de la misma para poder determinar si hay más beneficios que perjuicios con la introducción de la restricción sobre el bien en conflicto, o dicho de otro modo la medida restrictiva del derecho fundamental no debe ser una carga excesiva para el sujeto afectado por la misma.

<sup>221</sup> En muy similares términos se habían pronunciado anteriores resoluciones del T.C., como la ya referida S.T.C. 171/1999, 2ª, de 27 de septiembre, con cita del Auto 344/1990, de las S.S.T.C. 85/1994, de 14 de marzo (RTC 1994/85), F.J. 3º; S.T.C. 181/1995 (RTC 1995/181), F.J. 5º; S.T.C. 49/1996 (RTC 1996/49) F.J. 3º; S.T.C. 54/1996, de 26 de marzo (RTC 1996/54), F.F.J.J. 7º y 8º y S.T.C. 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123) F.J. 4º. Y en cuanto a resoluciones del T.E.D.H., cabe citar las Sentencias de 24.04.1990 casos Kruslin y Huvig y Sentencia de 30.07.1998, en el conocido caso Valenzuela Contreras. Por su parte, la jurisprudencia del T.S. sigue exactamente el mismo criterio que el T.C., en sus S.S.T.S. 27.11.2000 (RJ 2000/9525) y de 05.05.2000 (RJ 2000/4886), con expresa cita de la S.T.C. 206/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/206).

<sup>222</sup> Nos remitimos a lo anteriormente expuesto sobre el principio de necesidad establecido en el art. 8.2 del C.E.D.H. conforme al cual se admite la injerencia en el derecho cuando sea necesaria para los fines que se indica, tales como la defensa de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del bienestar económico del país. La S.T.E.D.H. de 24.11.1986 caso Gillow contra el Reino Unido e Irlanda del Norte, afirmó que “el concepto de necesidad implica una exigencia social imperiosa”.

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

Así se pronunciaron precisamente las S.T.S., 2ª, de 01.12.1995 (RJ 1995/9031), la cual alude al principio de necesidad de la medida, pudiéndose únicamente recurrir a la medida de intervención telefónica cuando resulte imprescindible<sup>223</sup>, así como la S.T.S. de 23.12.1994 (RJ 1994/10266), la cual exigió que en la fundamentación del Auto que acuerde la intervención se plasme “el indispensable juicio de ponderación sobre la necesidad de la medida”.

### **7.3.2.2) El subprincipio de idoneidad**

Dicho subprincipio es entendido como pronóstico de que de la intervención pueden deducirse datos relevantes para las resultas de la investigación ya abierta o incipiente. Por tanto, el indicado principio exige que la medida de intervención sea la adecuada para

---

<sup>223</sup> Más concretamente la referida S.T.S., en su F.J. 9º al examinar los requisitos que deben concurrir para adoptar la medida judicial de intervención telefónica, dispuso entre otros: “La necesidad de una medida a la que sólo cabe acudir si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de la probable utilidad como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, el principio de proporcionalidad vetaría la intervención (Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 enero 1985 [RTC 1985\13])”.

la finalidad perseguida, o dicho de otro modo, que la injerencia en las comunicaciones sea apta para lograr el fin perseguido.

Por consiguiente, si hay otros medios menos gravosos y también idóneos para conseguir la finalidad perseguida-aparte de la intervención de las comunicaciones-, habrá que decidirse por uno de ellos, precisamente el menos restrictivo, puesto que si existieran otras medidas, la injerencia ya no sería necesaria y por tanto, no debería ser autorizada. Precisamente la S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, en su F.J. 7º, plasmó precisamente este razonamiento, estableciendo que se actúa incorrectamente si en el momento de adopción de la medida no se manifiesta que concurre el presupuesto que la legitima, puesto que de omitirse tal pronunciamiento no es posible comprobar la idoneidad y la necesidad de la medida<sup>224</sup>.

En este sentido, comparto totalmente la posición de un sector doctrinal <sup>225</sup> que considera que el llamado presupuesto habilitante, esto es, la relación o conexión existente entre el sujeto

---

<sup>224</sup> Efectivamente, la referida S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, en su F.J. 7º, con cita de jurisprudencia anterior, concluyó que: “La expresión del presupuesto habilitante de la intervención telefónica constituye una exigencia del juicio de proporcionalidad. Pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, **sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental** (SSTC 37/1989, 3/1992 [ RTC 1992\3], 12/1994 [ RTC 1994\12], 13/1994 [ RTC 1994\13], 52/1995 [ RTC 1995\52], 128/1995 [ RTC 1995\128], 181/1995 y 34/1996)” (negrilla mía).

<sup>225</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. pág. 131, considera que el presupuesto habilitante es “un evidente presupuesto del principio de proporcionalidad, pues por una parte nutre de contenido el objeto de la investigación y por qué la misma se solicita contra determinada o determinadas personas”.

que habrá de ser objeto de la investigación y el delito cuya investigación se interesa mediante la solicitud de autorización judicial de sus comunicaciones, juega un papel fundamental respecto al principio de proporcionalidad, toda vez que para examinar la concurrencia del indicado principio resulta esencial tener en consideración la persona concreta respecto de la que existen indicios de criminalidad. En definitiva, el llamado presupuesto habilitante se configura como un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad de la medida (S.T.C. 14/2001, de 29 de enero, RTC 2001/14).

### **7.3.2.3) La finalidad de la medida**

La medida debe ser congruente y proporcionada a la finalidad perseguida. La relevante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, infiere del principio de proporcionalidad “que tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas han de limitarse a las que se hallan dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas sólo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio”.

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

de 24.03.1988, caso Olsson y de 02.06.1988, caso Berrehab entre otras)<sup>226</sup>.

#### **7.3.2.4) El principio de especialidad**

Finalmente es necesario hacer referencia al principio de especialidad el cual se halla íntimamente vinculado a la finalidad concreta que debe perseguir el acto de injerencia e implica que el Auto que autorice la intervención de las comunicaciones telefónicas habrá de especificar en la mayor medida de lo posible los hechos respecto de los cuales se autoriza la injerencia en el secreto de las comunicaciones de la persona que será objeto de investigación, toda vez que se trata de evitar que se autoricen intervenciones telefónicas para tratar de descubrir actos delictivos en general<sup>227</sup>.

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

Entre los primeros pronunciamientos del T.S., destaca el conocido Auto del T.S. de 18.06.1992 en el llamado caso Naseiro, el

---

<sup>226</sup> Procede indicar que la finalidad de la medida está en estrecha conexión con el tipo de delitos que por su gravedad o trascendencia social justifican la adopción de la medida, motivo por el que me remito a lo anteriormente expuesto sobre el particular.

<sup>227</sup> Resulta interesante la recopilación de posturas doctrinales que realiza RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob.cit., págs. 120 y 121, todas ellas contrarias a la utilización de esta medida de injerencia en un derecho fundamental para descubrir la comisión de delitos en general, de un modo totalmente arbitrario, que conllevaría la elección de forma aleatoria de sujetos pasivos del acto de injerencia para descubrir delitos en general.

cual ya señaló que el principio de especialidad implica que debe existir la necesaria identidad entre el delito objeto de investigación y el hecho que se investiga. La doctrina jurisprudencial posterior ha venido recogiendo el principio de especialidad como uno de los requisitos indispensables en una resolución habilitante, entre muchas otras cabe citar las S.S.T.S., 2ª, de 20.05.1994 (RJ 1994/3942)<sup>228</sup>; de 22.04.1999<sup>229</sup> (RJ 1999/4864), S.T.S. de 18.07.2000 (RJ 2000/7113)<sup>230</sup> y de 27.11.2000 (RJ 2000/9525)<sup>231</sup>.

Entre las resoluciones más recientes, cabe citar las S.S.T.S., 2ª, de 27.02.2007 (RJ 2007/2529)<sup>232</sup> y de 09.04.2007 (RJ

---

<sup>228</sup> Concretamente la referida Sentencia fue muy clara al establecer que: “...no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos”.

<sup>229</sup> La indicada resolución dispuso entre los requisitos para autorizar una medida de intervención telefónica en su F.J. 3º: “Especialidad de la materia a investigar porque no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales”.

<sup>230</sup> Es de destacar el razonamiento que dicha resolución aplica para justificar la necesidad del principio de especialidad al disponer que: “...no es admisible decretar la intervención telefónica para investigar actividades delictivas genéricas, lo que sería propio del sistema de inquisición general desterrado del moderno y civilizado derecho penal”.

<sup>231</sup> Con cita de jurisprudencia anterior, recoge el requisito necesario del principio de especialidad en su F.J. 3º: “La especialidad del hecho delictivo que se investigue pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (Auto de 18 junio 1992 y Sentencia de 20 mayo 1994).

<sup>232</sup> Efectivamente la referida resolución indicó que uno de los aspectos a los que debe atender el Juez en el momento de adoptar la decisión sobre la autorización de intervenciones telefónicas es: “(...)a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida mediante la precisión del hecho que se está investigando, y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir.

2007/2258), conforme a la cual el principio de especialidad de la investigación va dirigido a investigar un delito concreto, rechazándose las investigaciones predelictuales o de prospección.

El T.C. también ha atribuido una gran relevancia a la concreción del hecho objeto de investigación. Son un ejemplo de ello, la S.T.C. 54/1996, 1ª, de 26 de marzo (RTC 1996/54) así como la S.T.C. 171/1999, 2ª, de 27 de septiembre (RTC 1999/71) con cita de la importante S.T.C. 49/1999, de 5 de abril.

El T.E.D.H. también ha incluido el principio de especialidad entre los requisitos que deben concurrir en todo acto de injerencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Así entre sus más recientes pronunciamientos sobre la materia, se hallan las Sentencias de 25.03.1998, caso Koop; de 30.07.1998, caso Valenzuela Contreras y de 30.07.1998, caso Lambert, exigiendo todas ellas que la autorización judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas se adopte con una finalidad específica, esto es, concreta, ya que el Alto Tribunal estima esencial especificar la finalidad perseguida con la medida toda vez que es precisamente la concreta determinación del hecho objeto de la investigación la que permite realizar el juicio de ponderación entre el sacrificio que supone la medida para el sujeto investigado y el fin legítimo perseguido con la injerencia, criterio que comparto plenamente.

---

Para ello es preciso que el Juez cuente con indicios suficientes de la comisión del delito y de la participación del investigado”.

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial ha matizado el referido principio de especialidad en el sentido de que el mismo no es vulnerado cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma<sup>233</sup>. Así lo entendieron las S.S.T.S. de 20.05.1994 (RJ 1994/3942)<sup>234</sup>, la S.T.S. de 05.05.1999, ponente Exmo. Sr. Marañón Chávarri<sup>235</sup> y S.T.S. 15.11.2000 (RJ 2000/10640), F.J. 2º, las cuales también matizaron la interpretación del principio de especialidad.

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

---

<sup>233</sup> Ciertamente ocurre frecuentemente que en el curso de una investigación que tiene por objeto unos hechos presuntamente constitutivos de tráfico de drogas, también se hallan indicios propios de un delito de receptación.

<sup>234</sup> La citada S.T.S. 20.05.1994 no pudo ser más clara al concluir que: “tal principio de especialidad ha de ser entendido en el sentido que precisa la muy reciente STS 481/1994, de 8 marzo [aclarando y complementando la doctrina supuestamente general de las SSTS 1706/1993, de 2 julio (RJ 1993\5703) y 91/1994, de 21 enero (RJ 1994\89)], en orden a que no se vulnera tal principio y el mismo cede cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma”.

<sup>235</sup> Concretamente la referida S.T.S. en su F.J. 4º recogió la matización que la doctrina jurisprudencial ha realizado del principio de especialidad, tras dar una definición del mismo: “Otro principio que debe regir la intervención judicial de las conversaciones telefónicas es el de especialidad, que significa que, concedida la autorización de las escuchas para la averiguación de un determinado hecho delictivo, no cabe que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, por lo que, de surgir nuevos hechos, no previstos en la solicitud policial inicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal. **Por la jurisprudencia** (SS. 2-7-1993 [RJ 1993, 5703] y 21-1-1994 [RJ 1994, 89]) **se ha matizado el principio de especialidad, entendiéndolo que sólo se vulnera el mismo cuando se produce una novación del tipo penal investigado, pero no cuando existe una adición o suma, porque aparte de las conversaciones sobre los hechos investigados, se produzcan otras sobre otros distintos**”. (negrilla mía).



para iniciar una nueva investigación para comprobar efectivamente los mismos<sup>236</sup>.

Precisamente así surge la cuestión de qué sucede con los llamados hallazgos casuales de pruebas, o también llamados hallazgos fortuitos, que se refieren a los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación para la que se autoriza dicha medida, y que pueden afectar a personas frente a las cuales no se había ordenado tal intervención<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> En no pocas ocasiones, el T.S. ha estimado que la prueba obtenida fue irregular y con violación de derechos fundamentales por no existir mandamiento judicial a tal fin, por lo que no puede surtir efecto alguno, como ocurrió en la S.T.S., 2ª, de 02.07.1993 (RJ 1993/5703) en la que se practicó una diligencia de entrada y registro en un domicilio particular en el curso de una investigación - tráfico de drogas- no cubierta por mandamiento judicial, toda vez que el sujeto estaba siendo investigado por supuestos delitos de robos en el interior de vehículos, estimando en consecuencia que al no estar ante una prueba válidamente obtenida, debía operar la presunción de inocencia. Asimismo la S.T.S. de 13.01.1999 (RJ 1999/392), señaló muy acertadamente que el principio de especialidad no permite que a través de la intervención se investiguen acciones criminales distintas, de tal modo que de surgir nuevos hechos no previstos en la solicitud judicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal.

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

<sup>237</sup> Considero especialmente claras las apreciaciones de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. pág. 258, respecto de los elementos o componentes que los hallazgos casuales pueden poner en conflicto, como son tanto el ámbito objetivo de la investigación -en caso de descubrirse nuevas infracciones criminales ajenas a las que motivaron la autorización judicial- como el ámbito subjetivo - se detecta la intervención de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa o bien relacionadas con la misma-.

Dicha interesante y controvertida cuestión será objeto de análisis en el capítulo IV del presente trabajo, si bien vaya ya por delante que como tendremos ocasión de comprobar, el gran debate versa sobre la posible utilización o no de tales fuentes de prueba en un proceso judicial. La doctrina mayoritaria<sup>238</sup> aplica un criterio de conexión que combina factores objetivos y subjetivos, conexión que ha de existir entre el hecho delictivo directamente investigado objeto de la medida de investigación telefónica y el delito descubierto casualmente, llegando a la conclusión de que no sería posible la utilización de un descubrimiento o hallazgo causal si los hechos descubiertos hacen referencia a un hecho delictivo totalmente independiente del investigado, o bien afectan a una tercera persona, distinta a aquella frente a la que se dirigía la investigación<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Entre muchos otros cabe citar a LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. págs. 69 y ss., según el cual: “El hecho delictivo descubierto casualmente habrá de confrontarse con el fundamento de la medida que en su ejecución permitió adquirir el conocimiento fortuito y, en segundo término, con el sujeto pasivo de la misma”. Asimismo MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit, págs. 124 y ss. también acude al grado de conexión mínimo que debe existir para la utilización de los hechos delictivos nuevos.

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

<sup>239</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 69 y ss, considera que la sospecha o “notitia criminis” que pueda obtenerse de forma casual durante el curso de una investigación por un presuntos hechos delictivos distintos, puede dar lugar al inicio de una instrucción independiente a fin de averiguar tales conocimientos obtenidos casual o fortuitamente. Prácticamente en idénticos términos se pronunció la S.T.S. de 11.10.1994 (RJ 1994/8170): “(...) no puede renunciarse a investigar la ‘notitia criminis’ incidentalmente descubierta en una investigación dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de la que aquélla sea mero punto de arranque”. Por su parte, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit., pág. 134, entiende que los conocimientos obtenidos de forma casual no se les podrá otorgar validez

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

Es jurisprudencia consolidada del T.S., que admite esta doble posibilidad de validez probatoria de los nuevos conocimientos adquiridos como consecuencia de un hallazgo casual, si bien bajo la exigencia de una inmediata puesta en conocimiento al Juez de Instrucción que dirija la intervención a fin de que éste adopte una nueva resolución judicial que permita la continuación de la nueva línea de investigación -pero dentro de la ya iniciada<sup>240</sup>-, o bien el inicio de una investigación criminal independiente, en caso de existir base jurídica y fáctica para ello.

La cuestión de la validez probatoria de los hallazgos casuales ya fue tratada por el importante Auto del T.S. de 18.06.1992, en el

---

probatoria en el proceso en que se autorizó la medida de injerencia, si bien es posible que dicha información sirva para iniciar una nueva investigación.

<sup>240</sup> Piénsese en los supuestos de delitos conexos que pudieran ser objeto de investigación en una misma causa conforme a lo dispuesto en el art. 14 de la L.E.Crim, se trataría en definitiva de dictar una autorización judicial ampliatoria de la investigación que ya se halla en curso.

conocido caso Naseiro, el cual en su F.J. 6º tras hacer expresa referencia a la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. y al art. 8 del C.E.D.H., sostuvo que en el supuesto de comprobar la Policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación, a través de intervenciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, se dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente. Dicha doctrina ha sido la posteriormente sostenida en sus S.S.T.S., de 15.07.1993 (RJ 1993/6086), F.J. 1º; de 20.12.1996 (RJ 1996/9038), F.J. 4º y de 07.02.1997 (RJ 1997/1279), en su F.J. 3º.

El T.C., en su relevante S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo<sup>241</sup> (RTC 1996/49), siguiendo las directrices del T.E.D.H., ya se mostró muy exigente respecto a la necesidad de puesta en conocimiento de los posibles nuevos hechos delictivos al Juez de Instrucción de la causa principal así como del dictado de una nueva autorización judicial que regularice tal descubrimiento.

En cuanto a esa doble posibilidad de investigación de la *notitia criminis* antes referida, la misma es ampliamente sostenida por la doctrina jurisprudencial del T.S. Así, a fin de evitar la impunidad de graves delitos, se pronunció de forma clara y

---

<sup>241</sup> La referida resolución no podía ser más clara al concluir que: "(...) en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otro caso (S 6 de septiembre 1978 TEDH, caso Klass, caso Malone, 2 de agosto 1984, y caso Kruslin de 24 abril 1990), las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de la correspondencia y su vida privada".

contundente la S.T.S., de 07.03.1998 (RJ 1998/2345)<sup>242</sup>. La S.T.S., 2ª, de 12.12.2000 (RJ 2000/9755)<sup>243</sup> permitió también la dualidad señalada entre una nueva autorización específica dentro de la misma causa –autorización judicial ampliatoria–, o bien que dicha resolución judicial sirva de inicio de una nueva línea de investigación.

En su sentencia de 21.07.2000 (RJ 2000/6772), el T.S. va más allá en lo que a la exigencia del principio de proporcionalidad se refiere, al exigir que solamente puede ser utilizado como prueba aquello que se refiera a delitos que pudieran ser objeto de una intervención telefónica independiente<sup>244</sup>, habiendo ya expuesto dicho criterio en su anterior sentencia de 23.11.1998, -del mismo ponente-<sup>245</sup>, la cual admitió la validez probatoria de los llamados

---

<sup>242</sup> Concretamente su argumento es el siguiente: “(...)en los supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente de la del punto de arranque. Otra cosa significaría la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación o viceversa”. (F.J. 2º).

<sup>243</sup> Dicha sentencia da una definición del concepto de hallazgo casual, como aquel conocimiento de un hecho relevante para el descubrimiento de la comisión de una determinada infracción criminal no objeto de investigación en la actuación de injerencia.

<sup>244</sup> Para exponer dicha conclusión, el Alto Tribunal resume cuál es el tratamiento que los ordenamientos alemán e italiano dan a los hallazgos casuales, en su F.J. 4º: “El parágrafo 100 b) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) prevé una autorización expresa en este sentido y el Código de procedimientos penales italiano, que excluye en principio la utilización en otro proceso, admite, sin embargo, una excepción para los casos de delitos de cierta gravedad que contempla el art. 389 CPrP (ver art. 270 del mismo código)”.

<sup>245</sup> En su F.J. 1º tras hacer referencia a la doctrina jurisprudencial anterior estableció en relación a los hallazgos casuales de pruebas: “... cuya utilización no afecta ningún derecho del acusado, si se trata de un delito respecto del cual tales elementos probatorios hubieran podido ser obtenidos a través de una intervención telefónica o una diligencia de entrada y registro, etcétera”.

hallazgos casuales cuando los hechos descubiertos se refieran a delitos que hubieren justificado un Auto de injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas.

A la vista de lo anteriormente expuesto y sin perjuicio de las consideraciones que se expondrán en el capítulo IV dedicado a los hallazgos casuales, únicamente avanzar que bajo mi punto de vista si casualmente de la escucha telefónica se descubren nuevos hechos posiblemente constitutivos de un delito distinto al investigado inicialmente pero relacionados con éste, dichas nuevas circunstancias deben ser puestas inmediatamente en conocimiento del Juez instructor de la causa, a fin de que el mismo dicte la resolución judicial que proceda, bien sea ampliatoria, siguiéndose la investigación en la misma causa, o bien en caso de evidenciarse un delito totalmente independiente -novación del objeto penal- o la participación de una tercera persona, dictarse una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la correspondiente causa, si concurrieren todos los requisitos necesarios para ello.

#### **7.4) Deber de motivación**

##### **7.4.1) Análisis del deber de motivación de la resolución judicial de autorización de intervención de las comunicaciones telefónicas**

El deber de motivación de la autorización de intervención de las comunicaciones telefónicas se configura como un requisito de orden constitucional y no de mera legalidad ordinaria conforme

reiterada y pacífica doctrina del Tribunal Constitucional, línea jurisprudencial representada por la ya comentada S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril (RTC 1999/49)<sup>246</sup>.

Es especialmente relevante la importancia que posee la motivación de la resolución judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas puesto que permite el conocimiento y el control de los presupuestos necesarios para su adopción, al exigir que se hagan constar expresamente los fines a los que se dirige la medida, los indicios que la justifican así como las razones que demuestran su necesidad e idoneidad. En definitiva, la motivación significa la exteriorización de las razones por las cuales se adopta la autorización judicial de injerencia, lo que es fundamental para que el sujeto afectado pueda posteriormente impugnar tal decisión cuando considere que vulnera sus derechos legítimos.

Es jurisprudencia pacífica y consolidada del T.S. que interpreta el requisito de la motivación en tal sentido. Así entre sus más importantes iniciales pronunciamientos cabe destacar el Auto de 18.06.1992 (llamado caso Naseiro)<sup>247</sup>, la S.T.S. 31.10.1998 (RJ

---

<sup>246</sup> En el mismo sentido se han pronunciado las S.S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre (RTC 2005/259) y S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio (RTC 2006/219) y respecto a las resoluciones del T.S., entre las más recientes cabe citar el A.T.S., 2a, sección 1ª, de 28.02.2007 (JUR 2007/98399), ponente Exmo. Sr. Saavedra Ruiz y A.T.S., 2a, sección 1a, de 18.01.2007 (JUR 2007/59352).

<sup>247</sup> El referido Auto 18.06.1992 realizó un profundo análisis en orden a la motivación, disponiendo que dicho requisito supone “la exteriorización de los criterios en los que se apoya la decisión judicial; en la que también actúa la proporcionalidad, pues a mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación; sin que sea correcto extender autorizaciones prácticamente en blanco, siendo preciso, por el contrario, una motivación razonable, lo que no quiere decir, desde luego exhaustiva, que habrá de mantenerse en secreto mientras la investigación se realiza”. (F.J. 4º).

1998/8728),<sup>248</sup> y la S.T.S., 2ª, de 22.12.1998 (RJ 1998/10091), las cuales consideraron como exigencia esencial del requisito de motivación el exteriorizar las razones en que se fundamenta la autorización judicial que limita el derecho fundamental del afectado, de tal manera que al conocerlas, éste podrá ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva impugnándolas a través de los recursos legalmente previstos en nuestro Ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, sólo en la medida que en el Auto judicial se expresen las razones y fundamentos de su adopción, podrá comprobarse posteriormente la idoneidad y necesidad de la medida limitativa del derecho fundamental<sup>249</sup>.

Centrándonos en el análisis del art. 579 de la L.E.Crim, es de destacar que sus apartados 2º y 3º, exigen que la resolución habilitante de injerencia en el derecho al secreto de las

---

<sup>248</sup> La citada S.T.S. de 31.10.1998 expresó con una gran claridad qué debe entenderse por el requisito o garantía de la motivación, estableciendo que no es exigible que la resolución judicial de autorización tenga una extensión determinada, sino que es suficiente que se expresen las razones que justifiquen la injerencia de tal modo que pueda entenderse el por qué de la decisión adoptada, debiéndose estar al caso concreto para poder determinar el cumplimiento o no de tal requisito.

<sup>249</sup> En este sentido, la importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril así como la S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126) y S.T.C. 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002/167) y entre las más destacables S.S.T.S., cabe citar las de 04.07.2003 (RJ 2003/6738), de 29.04.2004 (RJ 2004/3705) y de 03.02.2006 (RJ 2006/441), la cual estimó el recurso interpuesto por vulneración del art. 18.3 C.E. por insuficiencia de motivación judicial de la injerencia puesto que consideró que si bien es posible el cumplimiento del requisito de la motivación por remisión al oficio policial, en el caso enjuiciado al no contener el oficio policial los indicios delictivos suficientes que justificasen la medida, el Órgano judicial de instancia debería haber aportado nuevos razonamientos al estudio de los indicios, por lo que al no haberlo hecho, el T.S. procedió a declarar la nulidad de las intervenciones telefónicas iniciales, las cuales conllevaban por la conexión de antijuricidad, la ilicitud del resto del material probatorio que se encontraba directamente relacionado con las escuchas telefónicas (ocupación de droga y registro domiciliario).



comunicaciones ha de ser motivada<sup>250</sup>, no siendo tal exigencia exclusiva de la restricción del derecho fundamental del art. 18.3 C.E. sino que es de aplicación a todas las resoluciones judiciales que afecten a los derechos fundamentales de la C.E.

Precisamente en este sentido se pronunció de forma clara y contundente la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123) con cita de la S.T.C. 26/1981, de 17 de julio (RTC 1981/26) la cual tras indicar que toda resolución que limite o restrinja un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado (principio de cognoscibilidad del juicio de proporcionalidad), sostuvo que la resolución habilitante ha de revestir la forma de Auto<sup>251</sup>. Asimismo la S.T.C. 62/1982, de 15 de octubre (RTC 1982/62), ya había señalado que la resolución judicial de limitación de un derecho fundamental tiene que estar motivada “de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado”.

---

<sup>250</sup> El art. 579 L.E.Crim. no es el único que exige el carácter motivado de la resolución sino que también el art. 1º, apartado 3º de la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal hace referencia expresa a la necesidad de decisión judicial motivada.

<sup>251</sup> Sobre la categoría que debe tener la autorización judicial de intervención de las comunicaciones telefónica, damos por reproducido lo apuntado en el apartado relativo a los Precedentes históricos en nuestro país del art. 18.3 de la C.E., si bien es conveniente recordar que las diversas enmiendas que en el debate constituyente se interpusieron para que la resolución del Juez fuese motivada, se rechazaron.

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

Además también procede hacer referencia a la S.T.C. 14/1991, 2ª, de 28 de enero (RTC 1991/14), la cual entendió que la obligación de motivar las sentencias que establece el art. 120.3 C.E. es extensible a los Autos puesto que desde la tutela judicial efectiva existen idénticas razones para exigir la motivación en ambos tipos de resoluciones. Por su parte la S.T.S. de 04.02.1997 (RJ 1997/1275), 2ª, estableció que la motivación es necesaria porque “al margen del artículo 120.3 de la C.E., cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos fundamentales, es preciso encontrar una causa suficientemente explicada que haga comprender al titular del derecho limitado, las razones por las que ese sacrificio necesario se consuma”.

Inciendo en el requisito de la motivación, la S.T.S. 07.11.1997 (RJ 1997/8348), dispuso que este requisito se configura como una garantía (entre las más cualificadas) que es común a todas las resoluciones judiciales, la cual se deriva de los arts. 24.1 y 120.3 de la C.E. en relación con el art. 248 L.O.P.J., y que se entronca con el principio de legalidad y el complementario de la no arbitrariedad, a los que deben someterse los poderes públicos (F.J. 5º).

La jurisprudencia del T.S. ha establecido cuáles son los tres pilares que integran el contenido de la motivación de la resolución judicial: existencia de un hecho constitutivo de delito, quienes pueden ser sus autores y cuál es la fuente de conocimiento. Conforme al Alto Tribunal si concurren tales hechos, el Juez ya puede resolver si adopta la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas -S.S.T.S. de 15.04.1999 (RJ

1999/1670) y entre las más recientes la S.T.S. de 27.02.2007 (RJ 2007/2529), en cuyo F.J. 1º, dispuso que debe limitarse objetivamente la medida de intervención telefónica en el sentido de precisar los hechos que se están investigando, así como subjetivamente, identificando a la persona sospechosa, vinculándola con las líneas telefónicas que se pretenden intervenir)<sup>252</sup>.

En cuanto a la interpretación hermenéutica del art. 579 L.E.Crim. por parte de la doctrina y el contenido mínimo del requisito de la motivación<sup>253</sup>, RODRÍGUEZ LAINZ<sup>254</sup> coincide en señalar que los tres pilares sobre los que ha de incidir básicamente la motivación se hallan justamente al responder a tres preguntas: qué es lo que se investiga; contra quién ha de dirigirse la investigación y cuál es la fuente de conocimiento. Ahora bien, el referido autor considera que no debe aplicarse especial rigorismo en la fundamentación de la resolución judicial que adopte la medida, discrepando de ciertas resoluciones del T.S.<sup>255</sup> que según el mismo requieren una exigencia mayor a la motivación, puesto que entiende que si se llega a altos niveles de exigencia se llegaría a una situación en que la propia investigación ya no sería necesaria por existir indicios suficientes de criminalidad.

---

<sup>252</sup> En el mismo sentido se han pronunciado las S.S.T.S., 2a, sección 1a, de 09.03.2007 (RJ 2007/1929) y de la misma Sala y sección, de 09.04.2007 (RJ 2007/2258).

<sup>253</sup> Resulta interesante la síntesis de opiniones doctrinales que realiza sobre dicha cuestión RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La Intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal*, ob.cit., págs. 106 a 108.

<sup>254</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. págs. 83 y 84.

<sup>255</sup> Concretamente RODRÍGUEZ LAINZ discrepa de las S.S.T.S. 19.12.1997 (RJ 1997/8999); de 16.11.1999 (RJ 1999/8943) y de 26.02.2000 (RJ 2000/2094) y de 06.11.2000 (RJ 2000/8929).

Ahora bien tal doctrina jurisprudencial del T.S. de la cual disienta RODRÍGUEZ LAINZ, ha quedado superada toda vez que la actual tendencia de la doctrina jurisprudencial del T.S. es la de considerar que la resolución judicial que autorice la injerencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de hechos delictivos y que la solicitud y la adopción guarda la debida proporcionalidad entre el contenido del derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado, ya que una mayor exigencia sobre el contenido de la motivación podría hacer innecesaria la medida, “(...) pues que cuando se solicita y expide el mandamiento se trata de acreditar un hecho delictivo, y su autoría, sobre la base de unos indicios de su existencia” conforme la S.T.S. de 09.04.2007 (RJ 2007/2258), con expresa cita de las S.S.T.S. de 01.03.2006 (RJ 2006/2068) y de 18.04.2006 (RJ 2006/2289).

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ<sup>256</sup>, critica la redacción del art. 579 L.E.Crim. puesto que el mismo únicamente exige que la resolución sea motivada, sin hacer mención alguna sobre cuál ha de ser el contenido mínimo de la motivación, lo cual considera que es esencial a fin de garantizar al afectado el conocimiento de las razones que llevaron al Juez a adoptar la medida, y el posterior necesario control judicial de la misma. El referido autor, al igual que la mayoría de la doctrina<sup>257</sup>, estima que es posible aplicar el

---

<sup>256</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 79 y ss.

<sup>257</sup> Efectivamente RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ob. cit., pág. 88, expresa el mismo parecer en el sentido de que la L.E.Crim. no menciona qué circunstancias debe contener el Auto de autorización de intervención de comunicaciones telefónicas a

art. 583 de la L.E.Crim.- relativo a la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas- a fin de suplir la insuficiencia del redactado del art. 579 del mismo Texto Legal, conforme al cual en la autorización judicial de injerencia debe constar expresamente el delito perseguido, el sujeto objeto de la medida, la duración por la que se acuerda la medida, los teléfonos a intervenir, la forma de ejecución y su duración.

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

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

---

diferencia de lo que sucede en la interceptación de la correspondencia o telegramas, pudiéndose en consecuencia aplicar el art. 583 de la L.E.Crim. a las comunicaciones telefónicas.

Respecto al alcance del contenido sustancial de la motivación FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>258</sup>, estima que el mismo estará en función del caso concreto por lo que no puede determinarse de forma apriorística, considerando al mismo tiempo que no es recomendable el uso de formularios o resoluciones estereotipadas para cumplir las exigencias de motivación.

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

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

---

<sup>258</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob.cit, pág. 135.

contenido mínimo de la motivación o dicho de otro modo las razones que han servido de fundamentación para la adopción de tal decisión -principio de cognoscibilidad del juicio de proporcionalidad-.

Efectivamente, entre las iniciales resoluciones del T.S. contrarias al uso de fórmulas no individualizadas, procede citar la S.T.S. de 12.01.1995 (RJ 1995/130), la cual no otorgó valor probatorio alguno a las intervenciones acordadas en un Auto con una fórmula no individualizada, que no hacía referencia alguna al caso concreto, sin que tampoco en la solicitud de la policía de tal medida constase el delito objeto de investigación; por su parte la S.T.S. de 15.10.1996 (RJ 1996/7142), consideró que no se cumplía el requisito de la motivación con una simple remisión “a todo lo actuado” puesto que en tal caso nos hallaríamos ante una paradójica situación de motivación vacía en el propio Auto, y en definitiva, en la posterior Sentencia. Asimismo la S.T.S. 30.12.1995 (RJ 1995/9639), consideró carente de fundamentación fáctica la resolución judicial que en un formulario hacía una referencia genérica a una comunicación de la Brigada de Régimen Interior de Policía.

La S.T.S. de 23.01.1995 (RJ 1995/157) dio un paso más allá, toda vez que si bien prevenía sobre la utilización de impresos y formularios, no se oponía a que la petición policial integrase los antecedentes de hecho del Auto de injerencia en aquellos casos específicos en que la petición policial estuviese suficientemente razonada y justificada.

La S.T.S. 20.02.1999 (RJ 1999/512), F.J. 3º y la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123), marcan una nueva tendencia de ambos Tribunales de permitir con ciertas limitaciones el empleo de formularios siempre y cuando se garantice al sujeto afectado el acceso al contenido motivador mínimo de las resoluciones judiciales de autorización de injerencia en el derecho fundamental del art. 18.3 C.E.

Concretamente, la citada S.T.S. de 20.02.1999 se mostró partidaria de la técnica del impreso o formulario si bien recomendaba el empleo de espacios reservados a otros argumentos a fin de poder individualizar cada caso concreto<sup>259</sup>. Precisamente el criterio apuntado es el compartido por un sector doctrinal, como es el caso de RODRÍGUEZ LAINZ<sup>260</sup>, el cual es favorable a la normalización de las resoluciones judiciales de intervención de las comunicaciones telefónicas, por cuanto hay una serie de cuestiones que siempre serán las mismas, tales como la cita de las normas reguladoras del principio de proporcionalidad o del plazo de duración, por lo que resulta innecesaria su reiteración, siempre que se dejen espacios en los que especificar las circunstancias concretas del caso con especial atención a los indicios delictivos al juicio de ponderación, criterio que comparto plenamente.

---

<sup>259</sup> Efectivamente su F.J. 3º dispone: "(...) no es ocioso recomendar que se añadan razonamientos ad hoc, con objeto de individualizar cada una de las resoluciones adoptadas".

<sup>260</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit. págs. 85 y ss., el cual critica a un sector doctrinal representado por GIMENO SENDRA y URÍA MARTÍNEZ, que son partidarios de una mayor exigencia al requisito de motivación.



Por su lado la S.T.C. 123/1997, de 1 de julio, tras establecer que toda resolución judicial que restrinja un derecho fundamental debe estar motivada, precisó que lo verdaderamente importante en relación al contenido mínimo de la motivación es “la expresión de la ponderación efectiva hecha por el Juez en relación con los valores o bienes jurídicos en juego en cada caso”.

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

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

Las S.S.T.C., 2ª, 202/2001, de 15 de octubre<sup>261</sup> (RTC 2001/202) y S.T.C., 2ª, 138/2001, de 18 de junio (RTC 2001/138), se mostraron de forma clara y contundente partidarias a la

---

<sup>261</sup> De forma rotunda consideró admisible en su F.J. 5º: “(...)la posibilidad de integrar en el análisis de la resolución judicial la solicitud a la que ésta responde”.

utilización de formularios impresos cuando las solicitudes de intervención (oficios policiales) a las que se remitían estaban debidamente fundamentadas.

Sin embargo, tras la doctrina sentada por las indicadas sentencias, el T.C. en su n° 299/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000/299), basándose en anteriores resoluciones, en particular en las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril y n° 181/1995, de 11 de diciembre, se mostró nuevamente contrario a la utilización de impresos o formularios y a la posibilidad de cumplimiento del deber de motivación con la remisión al oficio policial, sirviendo así de soporte a una línea jurisprudencial del T.S. muy crítica con la técnica de remisión a los oficios policiales<sup>262</sup> y partidaria de un control jurisdiccional muy estricto en lo que al deber de motivación se refiere, en contra de la doctrina jurisprudencial mayoritaria que acepta la indicada técnica también conocida como heterointegración argumentativa.

Actualmente dicha polémica jurisprudencial ha sido resuelta en el sentido que tanto el T.S. como el T.C. a pesar de reconocer que no es una práctica muy recomendable la remisión a la solicitud policial, sostienen que la motivación debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial

---

<sup>262</sup> Esta línea jurisprudencial del T.S. está representada por las S.S.T.S. de 22.05.2001 (RJ 2001/9956); de 25.06.2001 (RJ 2001/6363) y de 23.07.2001 (RJ 2001/7297) las cuales hacen expresa cita a la S.T.C. 181/1995, 1a, de 11 de diciembre (RTC 1995/181), conforme a la cual: "(...) quien adopta la decisión de limitar el derecho fundamental y establece en qué términos tendrá lugar dicha restricción es, constitucionalmente, el órgano judicial, quien no puede excusar su deber de resolver y motivar lo resuelto con la simple remisión a los motivos que aduzcan otro poder no judicial".

en el que se solicita su adopción, sin que ello suponga en modo alguno la nulidad de lo actuado. Así se ha pronunciado la reciente S.T.S. de 09.04.2007 (RJ 2007/2258), la cual hace expresa referencia a los más relevantes pronunciamientos dictados sobre la materia, como las S.S.T.C. de 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123); y entre las resoluciones del T.S., las S.S. de 18.09.2002 (RJ 2002/8662) y de 02.11.2004 (RJ 2004/7644) y de 15.09.2005 (RJ 2006/1541)<sup>263</sup>.

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

#### **7.4.2) Deber de motivación de la resolución judicial de prórroga de una medida de intervención telefónica**

Igual exigencia de motivación requiere la resolución que acuerde la prórroga de intervención telefónica de conformidad con doctrina pacífica y consolidada del T.C. representada por las

---

<sup>263</sup> Dicha resolución estableció de forma clara en su F.J. 2º que: “En cuanto a la falta de motivación, hemos señalado en anteriores ocasiones que es posible, aunque no deseable, la motivación por remisión a la solicitud policial, si bien limitada estrictamente a la aceptación de los datos objetivos que consten en la misma y no a las razones que de los mismos se extraigan para acordar la restricción del derecho fundamental, pues este es un aspecto que solo concierne al Juez”. Asimismo la S.T.S., 2a, de 21.06.2004 (RJ 2004/4808), en cuyo F.J. 1º estableció: “Es conocido que la línea jurisprudencial más consolidada, viene admitiendo la justificación o motivación de los autos judiciales, por remisión a los oficios policiales en los que se hace la solicitud de intervención de las conversaciones telefónicas”.

S.S.T.C., 1ª, nº 181/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995/181), la cual otorgó el amparo toda vez que la prórroga de la medida de intervención telefónica se autorizó mediante providencia y no Auto, en la cual únicamente se disponía: “Como se pide, se prorroga la intervención del teléfono por un mes. Líbrense los correspondientes oficios”. El T.C. estableció que las garantías observadas al autorizar la intervención inicial también deben concurrir en las posibles resoluciones posteriores de prórroga<sup>264</sup>, esto es, deben indicarse nuevamente las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la prórroga de la intervención.

La doctrina expuesta ha sido seguida por las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril y 171/1999, de 27 de septiembre, S.T.C. 14/2001, de 29 de enero (F.J. 5º), S.T.C. 219/2006, de 3 de julio, así como S.S.T.C. 1ª, 239/2006, de 17 de julio (RTC 2006/239), la cual consideró que carecía de base alguna la queja de los recurrentes relativa a la falta de motivación de los Autos de prórroga toda vez que los mismos se remitían a los oficios policiales, resultando plausible su integración con los mismos, y S.T.C. 253/2006, de 11 de septiembre (RTC 2006/253), la cual concluyó que los Autos de prórroga de intervenciones telefónica adolecían de motivación (F.J. 5º); la S.T.C. 150/2006, de 22 de mayo (RTC 2006/150) que estimó que los Autos de prórroga no carecían de motivación toda vez que los mismos se remitían expresamente a los oficios policiales, a los cuales se acompañaban los resúmenes de las transcripciones, resultando posible su integración con los mismos (F.J. 5º).

---

<sup>264</sup> Téngase presente que conforme a lo dispuesto en el art. 579.3 L.E.Crim. la medida de intervención telefónica puede acordarse por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales períodos.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial ha matizado que lo que lo que resulta constitucionalmente inaceptable es que la resolución judicial que autorice una prórroga de una medida de intervención telefónica no haga mención alguna a las razones que la justifiquen, mientras que sí que resultan válidas y admisibles las resoluciones de prórroga que se remitan al Auto inicial de adopción de la medida<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> Un claro ejemplo de ello es la S.T.S., 2a, de 21.09.1998 (RJ 1998/7497) remitiéndose por lo que a la jurisprudencia del T.C. se refiere, a la relacionada en el párrafo anterior, siendo de destacar las S.S.T.C. 239/2006, de 3 de julio (RTC 2006/239) y la S.T.C. 150/2006, de 22 de mayo (RTC 2006/150).

### **7.5) Control judicial de la medida de intervención telefónica**

El control judicial de la intervención telefónica autorizada es un requisito de validez constitucional y no de mera legalidad ordinaria conforme pacífica y consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo de destacar la S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo <sup>266</sup> (RTC 1996/49), cuya doctrina ha sido posteriormente reiterada por importantes pronunciamientos posteriores, tales como las S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril<sup>267</sup> (F.J. 11º) y nº 166/1999, de 27 de septiembre<sup>268</sup> (F.J. 3º).

---

<sup>266</sup> El F.J. 3º de la S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo, establece al respecto del indicado requisito: “El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término conocer los resultados obtenidos con la intervención”.

<sup>267</sup> La referida sentencia hace referencia al carácter constitucional de la exigencia de control judicial en dos ocasiones, la primera en su F.J. 5ª en los siguientes términos: “Igualmente, queda afectada la constitucionalidad de la medida si, por otras razones, el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación”, así como en su F.J. 11º al concluir: “(...) por tanto, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad”.

<sup>268</sup> Esta resolución incide nuevamente en el requisito del control judicial en su F.J. 3.c): “El control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación judicial de los períodos en los que debe darse cuenta al juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la Policía”.

La fundamentación de la exigencia de control judicial de la medida de intervención telefónica válidamente autorizada por el Tribunal competente radica en el hecho de que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, y toda vez que atendida la finalidad de tal medida no es posible el ejercicio del derecho de defensa del investigado en el momento de su adopción al no notificársele la medida hasta su finalización<sup>269</sup> es necesario

---

<sup>269</sup> La doctrina mayoritaria sostiene que ponderados el derecho de defensa del art. 24 C.E. y la posibilidad de intervención judicial de las comunicaciones telefónicas, lo más acorde con la C.E. es la notificación de la medida de intervención telefónica a la persona del investigado una vez la misma ha finalizado, a fin de evitar que la misma se torne inefectiva, notificación que debe realizarse con independencia del resultado obtenido, a fin de que el afectado pueda interponer los recursos que procedan, si bien la doctrina reconoce la poca efectividad práctica que dichos recursos puedan tener. De este parecer son RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 223 al sostener expresamente: “(...)la existencia del acto de injerencia debe ser puesta en conocimiento del investigado para que pueda hacer uso de sus legítimas expectativas procesales”, concretando cuáles son esas legítimas expectativas: “(...) pasando por la eventual utilización de los recursos que caben contra la referida resolución, tanto en lo que se refiere a la resolución autorizante como al desarrollo de la ejecución de la medida y control judicial”; MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., págs. 132 y ss. apuntando dicho autor las posibles críticas por la probable ineficacia de los recursos que eventualmente se interpusieren a posteriori: “Podría argumentarse, ciertamente, que de poco sirve al afectado interponer *a posteriori* un recurso, cuando la lesión de sus derechos, de haberse producido, ya es inevitable. Pero no se pueden negar los efectos preventivos que comporta la solución apuntada, pues, consciente el juez de esta posibilidad, se verá incentivado su rigor a la hora de la correcta motivación de la resolución y de la adecuada supervisión y control de la práctica de la diligencia, en garantía todo ello de los propios afectados”. Así como LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 128, el cual sostiene que la notificación de la medida de intervención telefónica no debe hacerse únicamente al sujeto pasivo de la misma sino también a cualquier persona que haya resultado afectado por la misma, pudiendo controlar, tras haber sido notificados, si las resoluciones que acordaron la intervención de sus comunicaciones telefónicas cumplieron con los requisitos exigidos, y asimismo la notificación les permitirá conocer los resultados obtenidos y en consecuencia, solicitar la destrucción de aquellos aspectos que no tengan relación con la causa. Sin embargo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 201, mantiene una postura opuesta a la anteriormente expuesta, al

su control posterior a fin de garantizar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la misma, conforme reiterada jurisprudencia del T.C., S.S.T.C. 259/2005, 1ª, de 24 de octubre (RTC 2005/259), F.J. 2º así como la S.T.C. 299/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000/299), F.J. 4º y la reciente S.T.C. 146/2006, de 8 de mayo (RTC 2006/148), F.J. 4º.

A diferencia de la fundamentación del control judicial de la medida, la delimitación o concreción de las exigencias propias del control judicial de la intervención telefónica autorizada, no es una cuestión pacífica sino que existen posiciones claramente divergentes a nivel jurisprudencial.

En el extremo más formalista, se halla la S.T.S., 2a de 12.04.1997 (RJ 1997/2817), la cual exige un control judicial muy exhaustivo de la medida de intervención telefónica, que se materializa entre otros requisitos, en la necesidad de transcripción literal del total contenido de lo grabado con citación de las partes, la identificación nominal de los agentes encargados de la vigilancia y la conservación de las cintas originales.<sup>270</sup>

---

considerar que el Auto que aprueba la medida ha de ser notificado al Ministerio Fiscal y a las partes personadas – ya que exige como requisito para la adopción de la medida el que haya recaído auto de procesamiento-, y para el supuesto de que la persona afectada por la medida no fuera parte personada, también se le debe comunicar la adopción de la medida en virtud de lo dispuesto en el art. 118 L.E.Crim..

<sup>270</sup> Concretamente la indicada sentencia al relacionar los requisitos exigidos por el T.S. en orden a la autorización judicial de intervención de comunicaciones telefónicas, atribuye seis de las ocho exigencias al control judicial, tal y como se desprende de su F.J. 4ª, que es del tenor literal siguiente:

“La jurisprudencia de esta Sala ha ido interpretando y supliendo las carencias del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tratando de dar una exacta dimensión a las decisiones judiciales que autorizan una invasión del secreto de las comunicaciones. En esencia se exige:



Por el contrario, la S.T.S., 2ª, de 22.01.1996 (RJ 1996/49)<sup>271</sup> se sitúa en el extremo opuesto en lo que a las exigencias del control judicial se refiere, señalando la misma que lo realmente decisivo es que el Juez de Instrucción no se desentienda de la interceptación telefónica acordada y la controle en la medida de lo posible.

---

a) Una resolución judicial autorizando la interceptación de las conversaciones telefónicas.

b) Que la resolución judicial que adoptara la forma de auto, está suficientemente motivada en atención a las circunstancias del caso concreto.

c) Que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención.

d) Que se designen los funcionarios de la policía judicial a los que se encomienda la práctica de las escuchas.

e) Que se señale un plazo en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica.

f) Que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado.

g) Que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por sí quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes.

h) Que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral.

La sentencia dictada ya tenía diversas resoluciones precedentes muy exigentes en el control judicial de la medida, habiendo establecido la S.T.S., 2a, de 11.10.1994 (RJ 1994/8170), en su F.J. 1º, c): **“Como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar, el Juez ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que el control debe ser exquisito y riguroso”** (negrilla mía). En idénticos términos, S.S.T.S., 2a, de 08.02.1997 (RJ 1997/888), F.J. 2º, c; de 19.10.1996 (RJ 1996/7834), F.J. 1º, c) y de 04.02.1997 (RJ 1997/1275), F.J. 2º, c).

<sup>271</sup> Es el F.J. 1º de la referida sentencia el que establece los requisitos exigidos para que las escuchas telefónicas tengan posteriormente valor probatorio, con expresa cita de las S.S.T.S., 2a, de 25.03.1994 (RJ 1994/2592) y de 12.01.1995 (RJ 1995/130): “En efecto, la jurisprudencia de esta Sala viene requiriendo el cumplimiento de otras exigencias, además de las antes expresadas para que el resultado de las escuchas tenga valor de prueba: 1.º) Control judicial riguroso de la intervención telefónica, no sólo de su iniciación, sino también del desarrollo y cesación de la medida, rigor especial y doblemente exigible, teniendo en cuenta el desconocimiento en que ha de estar, por razones obvias, el vigilado de la vigilancia a que es sometido, 2.º) entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde se hayan recogido y consten las conversaciones detectadas, sin que puedan admitirse previas manipulaciones y selecciones de su contenido por parte de la policía y 3.º) conservación judicial del soporte original conteniendo lo recogido en las intervenciones y posibilidad de su audición con presencia de las partes interesadas”.

Expuestas tales posiciones, conviene precisar qué debe entenderse por seguimiento y control judicial, habiendo concluido la S.T.S., 2ª, de 12.12.2000 (RJ 2000/9756), que puede afirmarse que tal requisito se cumple siempre que el Juez conozca el alcance de las conversaciones, su incidencia en el delito que se investiga, la necesidad de su prórroga y, en su caso, el cese de las mismas. La fase de seguimiento y control judicial, incluye diversas funciones, tales como la remisión de las cintas originales íntegras al Juzgado, la selección de los pasajes más relevantes de las conversaciones grabadas o la transcripción de las mismas.

Un aspecto en el que existe una clara unanimidad es en la necesidad de la remisión de la totalidad de las cintas originales que contienen las conversaciones grabadas del sujeto investigado al Juzgado que está instruyendo la causa, tal y como ya dispuso el relevante Auto del T.S., 2ª, de 18.06.1992 (JUR 1992/5162), en el llamado caso Naseiro: "...entrega al órgano judicial de los soportes originales e íntegros, no copias parciales, en las que consten las conversaciones intervenidas y las observaciones realizadas", doctrina que ha sido posteriormente reiterada en las S.S.T.S., 2ª de 19.06.2000 (RJ 2000/6319), conforme a la cual lo realmente trascendente es que las cintas estén incorporadas en su totalidad a la causa, a disposición por tanto, del Juzgado de Instrucción, a fin de que puedan ser oídas por las partes si estas así lo solicitan<sup>272</sup>, así como la sentencia de 02.12.2005 (RJ 2005/10189), la cual estimó que hubo un correcto control judicial por parte del Tribunal

---

<sup>272</sup> Además la indicada sentencia también puntualizó que la transcripción de las conversaciones grabadas no es una exigencia establecida por el art. 579 de la L.E.Crim., sino que su realización obedece más a la costumbre que a las necesidades de control judicial.

de Instancia, con remisión de las cintas originales con sus transcripciones, que fueron cotejadas por el Secretario judicial, habiendo sido las cintas puestas a disposición de las partes, y escuchadas en el acto del plenario con cumplido acatamiento del principio de contradicción.

Cuestión que considero especialmente interesante es si es necesaria la intervención judicial en la selección de los pasajes de las conversaciones más relevantes para la causa así como en la labor de transcripción parcial del contenido de las conversaciones grabadas, como una forma de salvaguardar al máximo el derecho al secreto de las comunicaciones del investigado y al mismo tiempo tratar que únicamente tenga acceso a la causa lo estrictamente indispensable, y en definitiva, evitando que pueda resultar afectado el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) de terceras personas en modo alguno relacionadas con el proceso.

Respecto a la exigencia o deber de selección por parte del Juez de Instrucción de los pasajes más relevantes para la causa, la ya citada S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, configuró dicho requisito como indispensable y dotado de contenido constitucional, a fin de separar lo útil de lo que pueda resultar superfluo para la investigación, fundamentando dicha decisión en el respeto al secreto de las comunicaciones del investigado y del derecho a la intimidad de terceras personas<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> Efectivamente en el F.J. 11º de la citada S.T.C. 49/1999, de 5 de abril, se exigieron para el control de las comunicaciones telefónicas los mismos requisitos que para otro tipo de comunicaciones –entendiéndose los deberes de selección propios de las comunicaciones postales y telegráficas- al establecer expresamente: “En efecto, al analizar la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones hemos indicado que, en su realización, es preciso el respeto de

Además la referida resolución precisó que a fin de que puedan cumplirse los principios de proporcionalidad de la medida de intervención telefónica, así como de contradicción e igualdad en la fase de instrucción, la selección debe realizarse de modo que se permita a las partes la participación en dicha selección, y máxime si posteriormente se pretende utilizar el contenido de lo grabado como prueba en el juicio oral.

Sin embargo, poco después se dictaron dos resoluciones del T.C.- S.S.T.C., 1ª, núms. 166/1999<sup>274</sup> y 171/1999<sup>275</sup>, de 27 de

«requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones» (STC 85/1994, fundamento jurídico 3º)»;

Posteriormente, la comentada sentencia incide nuevamente en la importancia de la selección de aquellos hechos que realmente resulten relevantes para la causa, siendo necesario para ello la intervención judicial, disponiendo que: "...la necesidad de control judicial que el art. 18 CE establece, no se colma con exigir que las eventuales prórrogas valoren los resultados hasta entonces alcanzados en el curso de la investigación, sino que, una vez finalizada la intervención y alzado el secreto de la medida, la intervención judicial es precisa para garantizar que sólo lo útil para la investigación del delito acceda a las actuaciones" y "Si hemos señalado que, por su contenido, sólo lo útil para la investigación del delito puede acceder a las actuaciones, ha de añadirse ahora que, **para garantizar los principios de contradicción y defensa, todo lo útil para el debate ha de acceder al proceso, y la determinación de que es útil al proceso ha de hacerse por el Juez, con participación de las partes**". (F.J.13º). (negrilla mía). En contundentes términos, hallamos la S.T.S., 2ª, 11.10.1994 (RJ 1994/8170), exigía que la selección de los pasajes más relevantes para la causa fuera realizada únicamente por el Juez sin posibilidad de delegación al Cuerpo Policial, estableciendo en su F.J. 1º, c): "(...) **es al Juez y no a la Policía, a quien compete determinar y seleccionar los pasajes que se entiendan útiles para la instrucción de la causa**, excluyendo los que carezcan de relevancia para la investigación y, sobre todo aquellos que, por afectar a la intimidad de terceros ajenos al proceso y cuyas conversaciones no sean de interés para la causa, deben con mayor razón ser excluidos de la publicidad" (negrilla mía).

<sup>274</sup> La citada S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, desestimó la ausencia de control judicial de la medida de intervención telefónica alegada por el recurrente, el cual consideraba que dicha ausencia se evidenciaba porque la selección de las cintas no fue realizada en ningún caso por el Juez instructor de la causa (F.J. 9.c.). El T.C. concluyó que si bien era cierto que la selección de los pasajes que pudieran resultar más relevantes no la había llevado a cabo la

septiembre, las cuales contradicieron dicho criterio en el sentido de que no era necesaria la intervención de la autoridad judicial en la selección de los pasajes más relevantes sino que dicha función era delegable al Cuerpo Policial, careciendo también de trascendencia que las transcripciones parciales fuesen realizadas o no por el propio Órgano judicial, siempre que las mismas estuviesen disponibles para las partes, para el caso que las quisieran utilizar como prueba.

Las posteriores resoluciones del T.C. sobre la materia<sup>276</sup>, han sostenido que la selección de los pasajes debe realizarlos

---

autoridad judicial sino la fuerza policial, ello no significa que no existiera el debido control judicial ya que los informes policiales indicaban que la totalidad de las cintas originales se hallaban en poder del Grupo policial, y por tanto, a disposición del Juez en cualquier momento.

<sup>275</sup> Dicha sentencia aún va más allá al sostener que es indiferente que la selección la realice la autoridad judicial o por delegación por la correspondiente unidad de policía judicial, al disponer que: “La selección del contenido de las cintas no es una potestad exclusiva del Juez de Instrucción, al menos en el momento de búsqueda de elementos en los que basar la propia continuación del acto de injerencia. La disponibilidad de las cintas originales sí es en sí una garantía para facilitar el derecho de defensa, pero para ello nada afecta que se transcriba todo o parte de las conversaciones y que la transcripción sea realizada o no por el propio órgano judicial, bastando con la disponibilidad de la prueba en sede e instrucción si es que se pretende hacer uso de la transcripción como prueba”. Sin embargo, el T.C. estimó el motivo alegado por el recurrente de ausencia de control judicial, toda vez que no se presentaron al Juzgado las cintas originales, se seleccionaron por la fuerza policial y las cintas y su transcripción carecían de adverbación del Secretario judicial. Además tampoco fueron escuchadas (las cintas) ni leídas (las transcripciones) en el juicio oral, lo cual generó la lesión de la garantía de contradicción en la incorporación del resultado de la intervención telefónica y en la práctica de la prueba durante la vista oral.

<sup>276</sup> En este sentido se pronunció de forma clara la S.T.C. 205/2002, 2a, de 11 de noviembre (RTC 2002/205) en cuyos F.F.J.J. 6º y 7ª sostuvo que debe ser el Juez, con la participación de las partes, el que debe realizar la determinación de lo que es útil al proceso, concluyendo que en el caso enjuiciado hubo un deficiente control judicial toda vez que ninguno de los Jueces intervinientes en la instrucción llegó a comprobar el contenido íntegro de las conversaciones, delegándose la selección de los pasajes más relevantes, así como su transcripción, a los agentes actuantes de la Guardia Civil, por lo que hubo

necesariamente el Juez con la participación de las partes, a fin de que las mismas puedan conocer el alcance del contenido de todas las conversaciones, tanto las seleccionadas como las desechadas, conversaciones que deben ser incorporadas a las actuaciones como elemento de debate y eventualmente de prueba, criterio que comparto plenamente ya que de tal modo se garantiza el derecho de defensa del acusado y el principio de contradicción que debe regir en todo proceso penal, puesto que de lo contrario, el acusado al desconocer el contenido de las conversaciones desechadas se hallaría en una situación de desequilibrio procesal.

En cuanto a la necesidad de transcripción parcial del contenido de las conversaciones que sean consideradas relevantes para la causa, es posible distinguir una marcada evolución jurisprudencial que actualmente permite que dicha labor –no exigida legalmente<sup>277</sup>– sea realizada con intervención judicial o bien por delegación al Cuerpo Policial interviniente.

Así, en una primera fase, encontramos resoluciones como la importante S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, que abogó por la necesidad de intervención judicial en la transcripción parcial del

---

una evidente afeción del principio de contradicción así como del derecho de defensa de los imputados.

Sin embargo, existen también sentencias posteriores que estiman que no existe irregularidad alguna en el control judicial de una medida de intervención telefónica, en aquellos casos en que la selección no ha sido realizada por el Juez sino por un miembro del Cuerpo Policial pero la totalidad de las cintas originales se hallan en el Juzgado a disposición de la Autoridad Judicial y de las partes, siendo un ejemplo de ello la S.T.S., 2a, de 02.02.2006 (RJ 2006/986), F.J. 2º.

<sup>277</sup> Efectivamente, tal labor no es exigida legalmente, estando basada su existencia en facilitar el control judicial en sede de instrucción, y asimismo en tratar de evitar la vulneración del derecho a la intimidad de los investigados y de las terceras personas con los que éstos se comunican así como al secreto de lo comunicado, lo cual resultará ciertamente difícil en aquellas causas en que sean varios los sujetos imputados.

contenido de las conversaciones, ya sea en el sentido de que fuese directamente practicada o bien posteriormente contrastada por el Secretario judicial<sup>278</sup>.

Ahora bien, tal y como hemos indicado respecto a la función de selección de los pasajes más relevantes para la causa, resoluciones posteriores del T.C. posibilitaron la delegación de la transcripción a la fuerza policial actuante<sup>279</sup>, sosteniendo además que la audición de las cintas originales en el juicio oral subsana cualquier deficiencia de transcripción<sup>280</sup>.

En efecto, la mayoría de pronunciamientos sobre la materia<sup>281</sup> sí que exigen a efectos de validez de las transcripciones como prueba de cargo, que su contenido haya sido cotejado con el que aparece en las cintas originales- pues la fuente originaria de prueba es el contenido de las cintas en sí mismo y no sus transcripciones- si bien las irregularidades que hayan podido

---

<sup>278</sup> Concretamente, el F.J. 13 ° de la indicada sentencia declaró: “Además, cuando lo que accede al juicio oral como medio de prueba es la transcripción mecanográfica de las comunicaciones intervenidas así como su traducción, si fuera precisa, la misma, para gozar de fiabilidad, ha de haber sido practicada, contrastada o autenticada con intervención judicial, requisito subjetivo exigible cuando la documentación de una diligencia sumarial pretende utilizarse como prueba en el juicio oral (SSTC 303/1993 [RTC 1993\303], fundamento jurídico 3º, 200/1996 [RTC 1996\200], fundamento jurídico 2º y 228/1997 [RTC 1997\228], fundamento jurídico 8º): así, hemos señalado que el Juez de Instrucción es, en la fase de investigación la «única Autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba» (STC 200/1996)”.

El T.S. también compartía el mismo criterio que el T.C., exigiendo que la transcripción debía hacerse con compulsas y fe del Secretario judicial, así entre muchas otras, S.T.S., 2ª, de 11.10.1994 (RJ 1994/8170), F.J. 1º, c).

<sup>279</sup> S.S.T.C., 1ª, núms. 166/1999 (RTC 1999/166) y 171/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/171).

<sup>280</sup> En este sentido, S.S.T.S., 2ª, de 15.03.2005 (RJ 2005/3872) y de 20.05.2004 (RJ 2006/1970).

<sup>281</sup> Entre muchas otras cabe destacar la S.T.S., 2ª, de 02.02.2006 (RJ 2006/986), F.J. 2º.

cometerse carecen de trascendencia desde el momento en que se ha procedido a la audición en el plenario de las cintas originales, en los pasajes que las partes hayan solicitado, puesto que en tal caso lo apreciado por el Tribunal es lo oído, y no lo leído en las transcripciones.

También la jurisprudencia del T.S. –S.T.S., 2ª, de 11.02.2002 (RJ 2002/2355) entre muchas otras- ha expuesto reiteradamente que cuando se utilizan como prueba las grabaciones originales y no las transcripciones, los vicios que pudiesen afectar a la fiabilidad de éstas son irrelevantes, S.S.T.S., 2ª, de 28.02.2003 (RJ 2003/2524) y de 30.06.2004 (RJ 2004/5088).

Finalmente, procede indicar que conforme pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial del T.C.<sup>282</sup>, el control judicial puede resultar ausente o deficiente cuando no se han fijado temporalmente los períodos en que deba darse cuenta al Juez del resultado de la restricción, cuando la policía los incumpla, pero también si el Juez que autorizó la restricción no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la misma y si desconoce el resultado obtenido en la investigación<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> S.S.T.C. 49/1999, de 5 de abril; n° 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166); n° 299/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000/299); n° 202/2001, de 15 de octubre (RTC 2001/202) y n° 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002/167).

<sup>283</sup> Tal y como ya hemos indicado tal conocimiento derivará principalmente de la audición de las cintas, si bien también puede proceder de las transcripciones de las conversaciones que haya podido realizar la Policía o de los informes policiales que reciba puntualmente.

Respecto a la ausencia de control judicial, cabe citar la S.T.C. 26/2006, de 30 de enero (RTC 2006/26), la cual estimó ausencia del mismo toda vez que no se realizó ninguna audición de las conversaciones interceptadas por parte del



Por el contrario, no constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas a posteriori, es decir, cuando se trata de incorporar el resultado de las conversaciones a las actuaciones sumariales, de forma que la entrega y selección de las cintas grabadas, la custodia de los originales y la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE, sin perjuicio de su eficacia probatoria<sup>284</sup>.

En consecuencia las deficiencias en el control judicial por no entrega al Juzgado de la totalidad de las cintas o bien el hecho de que la selección de las conversaciones de interés sea realizada por el Cuerpo Policial, no implican una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones sino que afectan únicamente en la virtualidad probatoria de su resultado<sup>285</sup>.

---

Juez al no habersele facilitado un reproductor a pesar de haber sido solicitado, lo que según el T.C. debió traducirse en la denegación de las prórrogas solicitadas.

<sup>284</sup> Así por ejemplo, la S.T.S., 2a, de 17.02.2004 (RJ 2004/2223) con cita de la S.T.S. de 21.07.2000 (RJ 2000/6772), concluyó que debían rechazarse las objeciones del recurrente en cuanto a la ausencia de control judicial invocada, por considerar que no puede confundirse el control judicial de la ejecución de la medida con un deber de escucha de la totalidad de la grabación, pues lo exigido es que el Juez, por sí compruebe la existencia de elementos que confirmen las sospechas que permitieron decretar las medidas (F.J. 4º).

<sup>285</sup> Dicho criterio es el compartido por la doctrina mayoritaria, como es el caso de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 195, el cual sostiene que en tales casos no se produciría una transgresión del principio de proporcionalidad, “toda vez que la única sanción que ello pudiera anudarse sería simplemente la retirada de la causa de los pasajes intrascendentes, nunca la nulidad de la prueba íntegra, y más si nos hacemos eco de la reciente doctrina de la *conexión de antijuricidad*”.

Otra cuestión que ha sido también objeto de controversia y respecto de la cual el T.S. y el T.C. mantienen posturas opuestas es discernir sobre si la falta de notificación al Ministerio Fiscal del Auto que autoriza una medida de intervención telefónica vulnera o no el art. 18.3 C.E..

Antes de analizar cuál es el criterio sostenido por la doctrina jurisprudencial, creo que es conveniente tener en consideración cuál es la función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso penal, y concretamente en un procedimiento en el que se haya autorizado la intervención de las comunicaciones. Si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 124.1 de la C.E. el Ministerio Fiscal tienen encomendada la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

Si analizamos la L.E.Crim, veremos que en su art. 306 se constituye al Ministerio Fiscal en el proceso penal ejerciendo la inspección de la causa al lado del Juez de Instrucción, por lo que puede tener conocimiento en todo momento de su contenido y de las medidas que se adopten, instando en su caso las diligencias que estime más convenientes para el fin del procedimiento, de lo cual se puede inferir que la notificación de las resoluciones no es el único medio para conocer su existencia, sino su especial posición en el proceso, tal y como la ha entendido el T.S. Si bien comparto dicha opinión, lo cierto es que a ello se podría objetar que a la práctica y atendido el volumen de causas que tienen atribuido, la notificación de las resoluciones no es sólo conveniente sino el medio más eficaz para poder conocer el curso de un procedimiento.

En esta línea, encontramos el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>286</sup> en cuyo art. 4.1 se establece que el Ministerio Fiscal podrá interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información del estado de los procedimientos de cualquier clase, norma que según mi parecer debe entenderse como una facultad del Ministerio Fiscal y no como una obligación con consecuencias tan relevantes como la nulidad de resolución no notificada.

Pues bien, si analizamos la doctrina jurisprudencial, aparece clara una dualidad de posiciones contrapuestas. Así encontramos por un lado el criterio sostenido por el T.C. según el cual la falta de notificación del Auto que acuerda la intervención de las comunicaciones telefónicas vulnera el art. 18.3 C.E. cuando no es notificado al Ministerio Fiscal por cuanto entiende que ello impide el control judicial de la medida en su estado inicial, máxime si se tiene en consideración que el sujeto afectado por la medida no tiene conocimiento de la misma ya que está declarado el secreto de las actuaciones.

En este sentido se pronunciaron las S.S.T.C. de 16.05.2000 (RTC 2000/126), de 11.11.2002 (RTC 2002/205), de 24.10.2005 (RTC 2005/259) y de 08.05.2006 (RTC 2006/146), entre otras. Ahora bien, la doctrina contenida en dichas resoluciones fue objeto de voto particular en las dos últimas sentencias referidas, en el sentido de apreciar falta de nulidad por el hecho de no notificar al Ministerio Fiscal el Auto de intervención de las comunicaciones

---

<sup>286</sup> La Ley 50/1981, de 30 de diciembre es la que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

telefónicas, por considerar que no existe ninguna norma que obligue a proceder a tal notificación, y que si la resolución que acuerda tal medida se acomoda a lo dispuesto en el art. 579 de la L.E.Crim. y en la C.E., en tal caso la ausencia de notificación al Ministerio Fiscal carece de relevancia constitucional.

Si atendemos a la posición mantenida por el T.S.<sup>287</sup>, la cual comparto plenamente por su coherencia jurídica, observamos que desde sus primeros pronunciamientos es pacífica al considerar que la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución habilitante de intromisión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no conlleva en ningún caso la nulidad de la medida ni de toda la prueba que se derive de la misma, esto es, el efecto previsto en el art. 11.1 de la L.O.P.J..

Entre los más recientes pronunciamientos, procede citar la S.T.S., 2ª, de 04.06.2007 (RJ 2007/4743)<sup>288</sup>, la cual recoge el

---

<sup>287</sup> Entre muchas otras, encontramos las S.S.T.S., de 31.10.2005 (RJ 2005/7266), en la que se concluyó en su F.J. 4º: “que argumenta el recurrente que no se notificó al Ministerio Fiscal la intervención telefónica. Ello constituiría sin duda una irregularidad, pues manteniéndose la intervención en secreto para el investigado, el único control externo a la actuación del Juez solo puede tener su origen en la actuación del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad por imperativo constitucional. Sin embargo, ha de reconocerse que, para establecer la legitimidad constitucional de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, la Constitución no exige expresamente el control del Fiscal sobre la actuación del Juez, sino la resolución judicial lo que implica a su vez la existencia de control judicial como única forma de mantener la razonabilidad de la decisión”.

En el mismo sentido, S.S.T.S., 2a, de 31.01.2006 (RJ 2006/1787), de 30.11.2006 (RJ 2006/9135) y de 05.02.2007 (RJ 2007/1838).

<sup>288</sup> Dicha sentencia ante la invocación por el recurrente de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, reconoció la postura mantenida por algunas resoluciones del T.C. pero puntualizó que en el caso enjuiciado no cabía decretar la nulidad de las actuaciones por falta de notificación del Auto de adopción de la medida al Ministerio Fiscal toda vez que ello puede constituir en todo caso una irregularidad procesal pero no vulnera por si misma el art. 18.3

criterio del Alto Tribunal según el cual no existe ninguna norma en nuestro Ordenamiento Jurídico que atribuya al Ministerio Fiscal el control de la resolución judicial que acuerda la limitación al derecho al secreto de las comunicaciones, sino que es la propia resolución judicial que acuerde la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, la que debe motivar el por qué de su adopción, atendiendo a la gravedad del delito, siendo en definitiva el Juez de Instrucción, desde su deber de imparcialidad, quién debe velar por el cumplimiento de todas las garantías exigidas por la doctrina jurisprudencial.

Si atendemos a la doctrina expuesta mantenida por el T.S., entiendo que se podría argumentar que sería apreciable la vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 C.E. por falta de notificación al Ministerio Fiscal del Auto que acuerda la intervención telefónica, si el único legitimado para impugnar dicha resolución fuese el Ministerio Fiscal o si por ejemplo tal y como apunta MUÑOZ CUESTA<sup>289</sup> existiese un plazo preclusivo para su impugnación que coincidiese con el secreto de

---

C.E., pues “dicha conclusión carece de fundamento constitucional o legal, sin que dicha irregularidad pueda tener la trascendencia prevista en el art. 11.1 de la L.O.P.J.”. (F.J. 13º).

Respecto al criterio del T.C. en orden a apreciar la nulidad de la medida por falta de notificación del Auto al Ministerio Fiscal, conviene estar a la matización que el T.S. realiza en dicha resolución al declarar que: “se trata de supuestos en que esa falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones decretando la intervención telefónica aparecía como causa concurrente y no exclusiva, con otras en que si se producía esa vulneración del derecho constitucional, como la falta de legitimación de la injerencia al derecho al secreto de las comunicaciones en procedimientos incoados como diligencias indeterminadas y en los que la fundamentación y motivación de las intervenciones telefónicas era insuficiente”.

<sup>289</sup> MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier en su interesante artículo: “¿Se vulnera el art. 18.3 C.E. cuando no se notifica al Ministerio Fiscal el auto que acuerda una intervención telefónica?”, *Repertorio de Jurisprudencia núm. 20/2007*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

las actuaciones, sin posibilidad de intervenir por parte de la persona/s afectada/s, esto es, cuando dicha medida restara definitiva si no fuese recurrida por el único con posibilidad de recurrirla, el Ministerio Fiscal.

Tal y como apunta MUÑOZ CUESTA <sup>290</sup> se trataría de situaciones procesales que de estar previstas justificarían sin duda que la falta de intervención del Fiscal, en su función de control de legalidad, diese lugar a la nulidad del auto, pero como estas limitaciones a la actuación del interesado no están previstas legalmente, la ausencia del Fiscal no genera indefensión o afecta al derecho de defensa del anterior.

En definitiva, bajo mi punto de vista procede estar a la pacífica y consolidada doctrina del T.S. antes referida en el sentido que la falta de notificación del Auto que acuerde la intervención telefónica al Ministerio Fiscal carece de relevancia constitucional y únicamente puede ser considerada una mera irregularidad procesal.

---

<sup>290</sup> MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier: “¿Se vulnera el art. 18.3 C.E. cuando no se notifica al Ministerio Fiscal el auto que acuerda una intervención telefónica?”, ob. cit. Dicho Fiscal hace referencia a otro supuesto en el que entiende que la falta de notificación sería irrelevante constitucionalmente si se hubiese pedido informe previo por el Juez Instructor al Fiscal antes de dictar el Auto que limita el secreto de las comunicaciones. En tal caso, llega a la siguiente conclusión: “Dentro de la postura que mantiene el Tribunal Constitucional es evidente que lo que se insta es la participación del Fiscal como órgano de control inicial de la medida en sustitución del interesado, por tanto desde la óptica de ese Tribunal es equivalente que se haya informado previamente el auto que autoriza la intervención, como que sea notificado el mismo una vez dictado, puesto en ambos casos se lleva a cabo el citado control previo, que es lo que el Tribunal Constitucional estima como imprescindible para que no sea vulnerado el art. 18.3 CE”.

## **CAPÍTULO II**

### **INJERENCIA EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS**

---

En este capítulo abordaremos la problemática que supone la grabación de las conversaciones propias y su posible aportación al proceso como prueba. Dicho análisis lo haremos desde el ámbito del Derecho Penal, con su límite de validez, que como veremos lo constituye el derecho a no confesarse culpable y a no declararse culpable (art. 24.2 C.E.) y dicha situación la compararemos con la existente en el proceso civil.

### **1. Consecuencias jurídicas de la ilicitud de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones**

Para poder determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de una injerencia ilícita en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas producida por ejemplo por la aportación a la causa de una cinta magnetofónica que ha recogido una conversación sin contar con el consentimiento de uno de los interlocutores, procede primero analizar cuál es el estado actual de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **1.1) ¿Es lícita la autoinjerencia o grabación de las conversaciones propias?**

Lo cierto es que cada vez son más frecuentes los casos en que con el fin de reforzar la credibilidad de una denuncia o querrela se aporta al proceso penal la grabación de una conversación en la que interviene una determinada persona con el propósito de poner en evidencia la supuesta comisión de unos hechos delictivos por parte de la otra persona interviniente en la conversación telefónica, dicha técnica es la



denominada autoinjerencia o *autobugging*, según la terminología anglosajona.

Como bien describe VELASCO NÚÑEZ<sup>291</sup>, el *bugging* es una técnica de observación y registro de una comunicación telefónica que es captada por el aparato de uno de los interlocutores con su conocimiento, pero con el desconocimiento de tal circunstancia por el otro interlocutor, sin que medie autoridad pública sino que se desarrolla en el ámbito de las relaciones estrictamente intersubjetivas. Por tanto, existe la autorización o el consentimiento de uno de los interlocutores lo que lo diferencia de la captación de las conversaciones entre particulares por parte de una tercera persona ajena a la misma.

Es precisamente en este contexto donde surge o emerge la cuestión de la validez o no de la grabación de las conversaciones propias y sus límites.

### **1.1.1) Análisis doctrinal**

Procede señalar que el alcance objetivo de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 C.E.) es una cuestión que ha sido ampliamente tratada tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, tal y como seguidamente exponemos.

---

<sup>291</sup> VELASCO NÚÑEZ, Eloy, “Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema”, *Actualidad Penal*, núm. 18/3, 9 mayo 1993, págs. 248 a 250.

Según LÓPEZ-FRAGOSO <sup>292</sup> la protección constitucional se establece no sólo del contenido de la conversación telefónica, sea ésta íntima o no, sino también del propio proceso de comunicación.

De la misma forma se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS <sup>293</sup> al sostener que el secreto de las comunicaciones alcanza tanto el contenido de la conversación -tenga o no en sí mismo carácter reservado, pues el secreto de las comunicaciones es formal y presunto “iuris et de iure”-, cuanto a la identidad de los intervinientes o de los teléfonos que se utilicen.

JULIO FERNÁNDEZ <sup>294</sup> comparte el criterio mayoritario de la doctrina conforme al cual los comunicantes no tienen la obligación de mantener el secreto de las comunicaciones pero si están vinculados por el respeto del derecho a la intimidad, sintetizando su posición al declarar de forma clara que entre el emisor y el receptor no hay secreto.

RODRÍGUEZ RUIZ<sup>295</sup> insiste en que el derecho al secreto de la comunicaciones telefónicas (art. 18.3 C.E.) no impone a las partes un derecho de reserva sobre el contenido de ésta y el único límite es si lo comunicado pertenece al ámbito de lo personal o íntimo del comunicante (art. 18.1 C.E.).

---

<sup>292</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 24.

<sup>293</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Intervenciones telefónicas*, ob.cit. pág. 454.

<sup>294</sup> JULIO FERNÁNDEZ, José: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ob. cit. pág. 109.

<sup>295</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones tecnología e intimidad*, ob. cit. pág. 25 y pág. 75.

ALONSO PÉREZ<sup>296</sup>, podríamos decir que incluso va más allá, al estimar que no existe vulneración de los derechos consagrados en los arts. 18.1 y 18.3 de la C.E. cuando es el destinatario quien grava la conversación mantenida con otra persona, criterio que no comparto toda vez que entiendo que existe un límite infranqueable como es el derecho a la intimidad, que no puede ser obviado en modo alguno con independencia de que sea uno de los interlocutores el que recoge el contenido de la conversación.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>297</sup> se plantea si sería legítima la grabación de una conversación sin que ello sea advertido por el interlocutor y sin previa autorización judicial. Para dar respuesta a tal cuestión dicho autor realiza un estudio pormenorizado de la S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, concluyendo al igual que la citada resolución que únicamente se vulnera el derecho consagrado en el art. 18.3 de la C.E. cuando es un tercero ajeno a la conversación el que graba el contenido de aquélla.

Especialmente interesante es el análisis que el referido autor lleva a cabo del Derecho Comparado y concretamente de las sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia. Así cita el caso *United Status vs White* (401 U.S.) de 1971, referente a las conversaciones mantenidas entre el acusado y el informador en casa de éste, y escuchadas por funcionarios de policía gracias a aparatos de escucha colocados en la casa del informador con su consentimiento pero sin autorización judicial. En este caso, el Tribunal Supremo declaró que por mucho que

---

<sup>296</sup> ALONSO PÉREZ, Francisco: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, ob.cit., pág. 131.

<sup>297</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 190.

el acusado confiara en un aparente colega, sus esperanzas en este sentido no estaban protegidas por la Cuarta Enmienda, cuando al final resulta que el aparente colega era un funcionario de policía.

El razonamiento de la sentencia, dicho sea en síntesis, es que si el testimonio de un agente operando sin equipo electrónico no invade las legítimas aspiraciones del acusado a conservar su “privacy”, tampoco se vulnera su derecho a la intimidad cuando se realiza una grabación simultánea de la misma conversación hecha por el agente o por otros, en este caso a partir de la transmisión recibida del agente con quien el acusado está hablando<sup>298</sup>.

Según RIVES SEVA <sup>299</sup> no existe una prohibición de que el particular se procure las pruebas de un delito, mientras el medio empleado no sea constitutivo de delito por sí mismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 117.1 de la C.E.. Dicha norma constitucional establece el monopolio de los Jueces y Magistrados del Poder Judicial para administrar Justicia, lo cual impide a los particulares juzgar, pero no recoger pruebas. RIVES SEVA entiende que quien recoge pruebas no juzga, dado que debe presentarlas a un Juez para que sea éste quien lo haga.

---

<sup>298</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA también hace referencia al caso *López versus United States* (373 U.S. 427), de 1963, en el cual el Tribunal Supremo entendió que el riesgo que el sobornante corre al realizar el ofrecimiento incluye el riesgo de que la persona que se pretendía sobornar reproduzca el ofrecimiento ante el Tribunal, apoyándose bien en su memoria, bien en un aparato mecánico de grabación, por lo que estimó válida tal grabación.

<sup>299</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La Intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob. cit. págs. 167 a 170. Según palabras del propio autor “tales conclusiones se derivan de que no cabe reconocer un efecto horizontal al derecho fundamental a un proceso en el que las pruebas hayan sido lícitamente obtenidas, pues no existe un interés digno de protección constitucional al secreto de las proposiciones delictivas”.

Por su parte, RODRÍGUEZ LAINZ<sup>300</sup> sostiene de forma clara y contundente que la grabación de las conversaciones propias no supone agresión alguna al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, toda vez que la salvaguardia del derecho al secreto de las comunicaciones es una frontera inexpugnable solamente frente a la agresión de terceros, y en especial frente a los poderes públicos, y en principio, no existe deber de secreto en la conversación entre dos personas en las que no existen determinados vínculos morales o profesionales que impongan tal deber de secreto, opinión que comparto plenamente.

Efectivamente, entiendo que no se produce vulneración alguna del derecho consagrado en el art. 18.3 de la C.E. por la aportación a la causa como medio de prueba de la grabación de una conversación mantenida con otra persona, toda vez que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones lo es, únicamente, frente a terceros, si bien dicha posibilidad tiene un claro límite que en modo alguno puede ser obviado: cual es la prohibición de no utilizar la técnica de grabación de las conversaciones como forma de conseguir una prueba anticipada de confesión del autor de determinado delito, como más adelante comentaremos en el apartado segundo.

Entorno a la problemática de la utilización como prueba de la grabación de las conversaciones propias mantenidas durante el transcurso de una conversación telefónica, la cual como he dicho debe ser resuelta en sentido afirmativo siempre y cuando se observen las

---

<sup>300</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 150.

garantías procesales que se indican en el próximo apartado relativo al análisis jurisprudencial, se me plantea otra cuestión: ¿es lícita la aportación al proceso de conversaciones recogidas en una cinta magnetofónica fuera del ámbito telefónico? O dicho de otro modo, ¿es necesaria autorización judicial y el respeto de las mismas garantías procesales establecidas por la jurisprudencia para las grabaciones obtenidas a través de intervenciones telefónicas, para aquellas que no se obtienen por dicho medio?

Pensemos en el supuesto de que una cinta magnetoscópica logra captar conversaciones sostenidas entre varias personas, grabadas por una de ellas y realizadas fuera del ámbito telefónico, ¿puede el soporte físico de la conversación servir como prueba en la causa?

Un sector doctrinal, del que es un claro exponente ALONSO PÉREZ<sup>301</sup>, con expresa cita de la S.T.S., 2ª, de 01.03.1996 (RJ 1996/1886), estima que la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas, sin hacerlo saber al resto de lo intervinientes, no atenta ni contra el derecho al secreto de las comunicaciones ni contra el derecho a la intimidad, toda vez que entiende que no existe disposición legal alguna que impida valorar las pruebas así obtenidas, si bien hace especial hincapié al hecho de que dicha cinta no podrá ser utilizada como prueba de confesión del imputado.

La referida sentencia del T.S., de 01.03.1996, analiza precisamente la validez de la aportación a un proceso penal de una

---

<sup>301</sup> ALONSO PÉREZ, Francisco: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, ob.cit., pág. 131.

cinta enregistrada por uno de los conversantes sin advertíselo a los demás participantes en la conversación a fin de obtener su exculpación. La Sala desestima el recurso por entender que la condena es procedente toda vez que se practicó una actividad probatoria válida sin sostén alguno con la cinta magnetofónica, argumentando además que las declaraciones vertidas nunca podrían servir como prueba de confesión al carecer de las garantías propias a todo proceso judicial.

Sin embargo, si bien comparto dicho criterio no estimo acertada la consideración que realiza el Alto Tribunal en el apartado segundo del F.J. 1º: “La cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírselo a los demás, no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones, ya que las manifestaciones realizadas representaban la manifestación de voluntad de los intervinientes que fueron objeto de grabación de manera desleal desde el punto de vista ético pero que no traspasan las fronteras que el ordenamiento jurídico establece para proteger lo íntimo y secreto” toda vez que no creo que sea plausible deslindar un reproche “ético” de un reproche jurídico en la aplicación del Derecho y más en el caso analizado, en el que evidentemente si las personas conocieran que sus manifestaciones están siendo registradas de bien seguro no actuarían de la misma forma.

GOYENA HUERTA <sup>302</sup> critica la conclusión de la comentada sentencia en el sentido de que las cintas no podían ser utilizadas como

---

<sup>302</sup> GOYENA HUERTA, Jaime: “Derecho a la intimidad: La grabación de las propias conversaciones. La identificación del sospechoso. La negativa del inculpado a intervenir en las diligencias de identificación. El acceso a las bases de datos personales”, *Estudios del Ministerio Fiscal*, VI, 1997. (BIB 1998/746).

prueba de confesión de alguno de los intervinientes ya que se habían obtenido sin el respeto a las garantías previstas en el art. 24. 2 de la C.E., esto es, del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. El referido autor considera que dicha sentencia realiza una apreciación inexacta del derecho fundamental consagrado en el art. 24. 2 C.E. toda vez que las garantías de dicho precepto solamente despliegan sus efectos en relación a las declaraciones o manifestaciones que el inculpado realiza personalmente ante la Policía, el Ministerio Fiscal o ante los Jueces y Tribunales, esto es, en calidad de imputado.

En definitiva, según GOYENA HUERTA ambos derechos constitucionales (arts. 18.3 y 24.2 C.E.) no pueden aplicarse a las manifestaciones o declaraciones que el delincuente realiza ante particulares (fuera del proceso penal) por cuanto los derechos fundamentales carecen en nuestro ordenamiento jurídico de eficacia horizontal. En consecuencia, sostiene que en el caso de que un tercero-particular comparezca en la causa revelando lo que el imputado le ha manifestado con anterioridad, dicha declaración de voluntad no será considerada como una confesión sino como un mero testimonio de referencia.

En el mismo sentido el T.S., 1a, en su sentencia de 11.03.2002 (RJ 2003/2741) se sumó a la línea jurisprudencial de dicha Sala, de 01.03.1996, que acabamos de comentar, al entender que no ataca al derecho a la intimidad ni al secreto de las comunicaciones la grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas y cita las sentencia de 29.07.1998 (RJ 1998/5855), que fue más específica al considerar que tampoco vulneran tales derechos fundamentales las grabaciones magnetofónicas realizadas por



particulares de conversaciones telefónicas mantenidas con terceras personas, ya que el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado.

El recurrente alegaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.1 C.E.) en base a que el Tribunal del Jurado había apoyado su condena con su propia declaración registrada en una cinta magnetofónica. El Alto Tribunal concluye acogiéndose a su propia doctrina que si bien dicha grabación no comportó vulneración alguna del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho a la intimidad, la misma no gozó de pleno valor probatorio por no haber existido el necesario control de autenticidad, desestimando sin embargo dicho motivo del recurso, al entender suficiente para corroborar los hechos la declaración del coimputado (quien precisamente había enregistrado la conversación).

Finalmente la citada sentencia desestimó el motivo del recurso en que se alegaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.1 C.E.) acogiéndose a su propia doctrina, que considera que para que las grabaciones de imágenes o de conversaciones puedan tener pleno valor probatorio será preciso que la captación se haya realizado con el debido respeto a la intimidad y que se ponga a disposición judicial el material probatorio, y que haya un control de autenticidad para descartar la posibilidad de mistificaciones y montajes.

Otro sector doctrinal representado por MUÑOZ CONDE <sup>303</sup> sostiene que para resolver este conflicto y a fin de poder subsanar la prueba, se debe aplicar el principio de proporcionalidad en el sentido de que hay que realizar una ponderación entre la entidad del delito que se desprende de la grabación con la vulneración del derecho a la intimidad.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial mayoritaria, ésta considera que deberá prestarse una especial diligencia en el caso de que se pretenda reconocer plena validez probatoria a la grabación subrepticia de una conversación entre varias personas, en el sentido de que será preciso que la captación se haya realizado con el debido respeto a la intimidad y que se ponga a disposición judicial el material probatorio, y que haya un control de autenticidad para descartar la posibilidad de mistificaciones y montajes y en definitiva, pueda someterse a un estricto control de contradicción, inmediación y publicidad en el juicio oral.

Así lo han sostenido las S.S.T.S., 2a, de 05.05.1997 (RJ 1997/3628), de 30.01.1999 (RJ 1999/1155), siendo de destacar las S.S.T.S., 2ª, de 09.07.1993 (RJ 1993/6063) y de 05.02.1996 (RJ 1996/797), las cuales desestiman las alegaciones del recurrente, que entendía que se había producido una violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, toda vez que según el Alto Tribunal el recurrente parte de la equivocada pretensión de aplicar a las grabaciones realizadas por particulares de sus conversaciones mantenidas con terceras personas implicadas en las causas penales los

---

<sup>303</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: "Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos", *Revista Penal*, núm. 13, págs. 109-110.

criterios y principios, tanto legales como jurisprudenciales, referentes a los supuestos de intervenciones telefónicas acordadas por la Autoridad judicial o por la Policía Judicial.

La Sala reconoce la validez de dicho medio probatorio, con cita de consolidada jurisprudencia <sup>304</sup>, toda vez que tal y como hemos apuntado, el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, sin que en principio pueda generar efectos en el plano horizontal, es decir, frente a los ciudadanos, que implique la obligación de silencio o discreción de éstos, al margen de poner de relieve que las cintas magnetofónicas únicamente las había tenido en cuenta como “punto de partida”.

Finalmente no hay que olvidar la sentencia marco sobre este particular, como es la STC 114/1984, de 29 de noviembre, en la que se afirma que no existe una norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico que imponga la no consideración de las pruebas propuestas por las partes que han sido obtenidas antijurídicamente. Este relevante pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal, será objeto de comentario en nuestro próximo apartado relativo al análisis jurisprudencial.

Según mi parecer, dicha cuestión debe ser resuelta en un sentido positivo siempre y cuando se someta a un estricto control de contradicción, inmediatez y publicidad en el juicio oral, debiendo prestar especial atención a las circunstancias en que dicha conversación fue captada y si de la misma se puede deducir la intención o provocación de uno de los sujetos participantes a fin de obtener unas

---

<sup>304</sup> En orden a la validez de dicho medio probatorio cita la S.T.C. 190/1992, de 16 de noviembre (RTC 1990/190) y la S.T.S. de 11.05.1994 (RJ 1994/3687).

determinadas declaraciones o manifestaciones respecto de otro de los intervinientes, puesto que tal caso habría de plantearse su ilicitud originaria. Dicha cuestión se comentará debidamente en el epígrafe dedicado al límite que opera en dicho ámbito como es la confesión del imputado, que como veremos no es en modo alguno pacífica.

### **1.1.2) Análisis jurisprudencial**

Seguidamente, procedemos al estudio jurisprudencial sobre la licitud de la grabación de las conversaciones (telefónicas) propias como medio de prueba.

El Tribunal de Estrasburgo fue pionero en esta materia al declarar en su importante sentencia de 2 de agosto de 1982, caso Malone, que el secreto de las comunicaciones se extiende también a la identidad subjetiva de los interlocutores, por lo que sería ilícita, sin resolución judicial y demás garantías, la utilización de aparatos técnicos, que sin captar el contenido de lo comunicado, registren los números marcados en un teléfono concreto, así como la hora y la duración de la llamada, lo que se conoce como recuento (“comptage” o *pen register*<sup>305</sup>).

---

<sup>305</sup> Dicha sentencia dedica un apartado íntegro al estudio de la naturaleza de los datos obtenidos mediante el llamado procedimiento de “recuento” (fundamentos 83 a 89) para concluir que con dicha técnica, consistente en el empleo de un mecanismo (un contador combinado con un aparato impresor) que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y duración de cada llamada, a pesar de ser conforme al Derecho interno británico, se violó el art. 8 del C.E.D.H. en lo que se refiere a la interceptación de las comunicaciones como en la entrega a la policía del recuento registrado. En definitiva, el T.E.D.H. concluyó que el registro que por fines comerciales verifica el titular del servicio mediante un contador de los números que han sido marcados desde un determinado aparato suministra una información de la que no se puede hacer uso sin la previa autorización del afectado.

El Tribunal declaró que la cesión de esta información a agentes de la Policía sin consentimiento del abonado se opone al derecho confirmado en el art. 8 del C.E.D.H..

Y en muy parecidos términos, se pronunció la Sentencia del T.E.D.H. de 30.07.1998 (TEDH 1998/31), en el caso Valenzuela Contreras, parágrafo 47, cuando califica como injerencia a la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia, el registro mediante aparato contador de los números de teléfono marcados desde un determinado aparato, aún cuando este tipo de vigilancia no implique acceso al contenido de la comunicación.

Sin embargo, en un pronunciamiento más reciente, concretamente en la Sentencia del TEDH de 25.09.2001 (TEDH 2001/552) en el caso P.G. y J.H. contra el Reino Unido, el TEDH fue un paso más allá al declarar en su párrafo 47 que: "la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria para la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al período de tiempo de las llamadas telefónicas".

El TEDH debía resolver sobre la legalidad o no del uso de un aparato de escucha oculto en el piso de uno de los recurrentes usado por la policía para escuchar y grabar las conversaciones, invocando los recurrentes la infracción del art. 8 del C.E.D.H. (injerencia en la vida

---

privada) así como la conocida sentencia del TEDH de 02.08.1984 conocida como caso Malone contra el Reino Unido, antes comentada.

Lo cierto es que no se discutía la obtención por parte de la policía de la información relacionada con los números a los que se llamaba con el teléfono del piso de uno de los recurrentes fuera una injerencia en la vida privada o correspondencia (en el sentido de comunicación telefónica) de los demandantes, quienes usaron el teléfono del piso o se les telefoneó desde el piso. Sin embargo, entendió que la injerencia por parte de los agentes policiales estaba justificada al ir destinada a evitar la comisión de un grave delito (se conocía que los denunciados iban a cometer un robo a mano armada y disponían de numerosas armas en su domicilio a tal fin).

En nuestro Derecho, la cuestión fue abordada por la Consulta 1/1999, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones, la cual como veremos parte precisamente del análisis de la comentada Sentencia del T.E.D.H. de 02.08.1984, caso Malone.

El supuesto de hecho fue el siguiente: una empresa de sistemas informáticos sufrió un acceso indebido a sus ordenadores por parte de personas no identificadas que provocaron el borrado de diversos ficheros. La investigación e instrucción de la causa requería como primera diligencia la identificación de los abonados desde cuyos teléfonos o terminales se habían realizado las conexiones telemáticas, lo que obligó a acudir al operador del servicio telefónico para recabar la información correspondiente.

La compañía operadora entendió que la información solicitada por el Fiscal –el conocimiento de los números de abonado desde los que se verificaron las conexiones presuntamente criminosas- afectaba al estatuto constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones –art. 18.3 C.E.- y denegó el acceso a los datos en tanto no mediara resolución judicial.

El objeto de la Consulta se centraba básicamente en determinar el régimen aplicable a este tipo de datos de tráfico generados por las comunicaciones durante la prestación del servicio, tales como el número de los abonados con los que se ha puesto en conexión, número de llamadas efectuadas en cada período de facturación, duración de la llamada, fecha y hora, entre otros.

La Consulta, tras remitirse expresamente a la sentencia del T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, concluyó<sup>306</sup> de forma categórica que lo inviolable no es sólo el mensaje sino todos aquellos datos relativos a la comunicación que permitan identificar a los interlocutores o corresponsales, o constatar la existencia misma de la comunicación, su duración, y todas las demás circunstancias concurrentes útiles para ubicar en el espacio y en el tiempo el hecho concreto de la conexión telemática producida.

La citada S.T.C. 114/1984 profundizó sobre este tema al analizar un caso concerniente a si era lícita la utilización de conversaciones grabadas entre interlocutores para ser aportadas como medio de prueba

---

<sup>306</sup> Véase su Epígrafe 3º, siendo de destacar que la Consulta declara expresamente que la garantía constitucional de la inviolabilidad tampoco es coextensa con el proceso de comunicación pues no se extingue a su fin.

en un proceso ante la Jurisdicción Laboral, supuesto que sentó doctrina al ser extrapolable al resto de Jurisdicciones, y en concreto a la penal.

Pues bien, dicha sentencia respecto de la cuestión debatida, mantiene que el derecho al secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quién tomó parte en la comunicación misma así protegida.

Así pues la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros- públicos o privados, el derecho posee eficacia *erga omnes*- ajenos a la comunicación misma, estableciendo la citada resolución que “no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje”.

Especialmente significativo es el razonamiento de la sentencia de constante referencia al declarar que: “quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otro entre en la esfera íntima del interlocutor pudiesen constituir atentados al Derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución”.



Seguidamente el Alto Tribunal se pronuncia de forma clara respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica, concluyendo que “este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado, pero en tal caso la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución”.

Es decir, a pesar de que parecía que el T.C. estimaba imposible la valoración de dichas pruebas por haberse vulnerado o afectado los derechos del art. 24. 2 C.E., finalmente en su F.J. 4º considera que ante el conflicto de intereses que surge entre la necesaria observación de las garantías que deben regir el proceso y la obtención de la verdad, deben prevalecer las primeras cuando se trate de derechos fundamentales “que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento”.

De todo ello, se deducen dos importantes conclusiones:

- Que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18. 3 de la C.E..
- Por el contrario, que uno de los interlocutores grabe, sin conocimiento de la otra persona, la conversación que está manteniendo, no incurre por este solo hecho, en conducta contraria al art. 18.3 de la C.E..

Finalmente la citada sentencia analiza si la conducta consistente en que uno de los interlocutores graba la conversación que está manteniendo con otra persona, sin el conocimiento de ésta, es susceptible de constituir un delito.

Tras el estudio de los tipos objetivos de los arts. 192 bis y art. 497 bis del C.P., concluye que dicha conducta no es constitutiva de delito toda vez que los citados preceptos sancionan la interceptación o el empleo de artificios para la escucha, transmisión, grabación o reproducción, pero siempre y cuando dichas actividades impliquen la intervención de una tercera persona ajena a la conversación.

Dicho en otras palabras, la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta exclusivamente, en la medida que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando pues al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada.

Sin embargo, debe señalarse al respecto que MUÑOZ CONDE<sup>307</sup> mantiene que se puede incluir en dichos preceptos (arts. 192 bis y 497 bis del C.P.) la transmisión, grabación o reproducción ilegal del sonido, aunque la escucha sea legal, toda vez que indica debe pensarse en aquellos supuestos, como los ahora estudiados, de una conversación telefónica grabada por uno de los interlocutores o en la confidencia grabada por el que la escucha.

---

<sup>307</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, ob.cit., pág. 132.

Sobre la licitud de grabación de una conversación por uno de los interlocutores, práctica que como ya hemos dicho cuenta con el beneplácito de la significativa S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, se han pronunciado muchas más sentencias dictadas por el T.S.<sup>308</sup> las cuales seguidamente analizaremos:

- Así lo han estimado las S.S.T.S., 2ª, de 01.12.1999 (RJ 1999/9436) y la S.T.S. de 09.06.2001 (RJ 2001/4603) sosteniendo esta última que no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando uno de los interlocutores grava la conversación que está teniendo con otra persona con el fin de reforzar la eficacia probatoria de la declaración que realice dicha persona si tenemos en cuenta que no existe ningún tipo de impedimento que se manifieste por el interlocutor el contenido exacto de una determinada conversación telefónica.

El recurrente alegaba la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones por entender que se había interceptado una conversación telefónica mantenida por el mismo con su teléfono móvil con el cual llamó a su compañero en presencia de agentes de policía en la que solicitaba que aquél devolviese a la víctima la cantidad de dinero que ambos habían sustraído. El Tribunal considera que tal conversación no fue intervenida (los agentes no oyeron las respuestas) sino que se realizó voluntariamente en presencia de los agentes

---

<sup>308</sup> Siguiendo la doctrina de la S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, las S.S.T.S., de 27.11.1997 (RJ 1997/8236) y de 18.10.1998 (RJ 1998/8088), señalaron de forma clara que si es bien cierto que la grabación de conversaciones sostenidas por otros, no autorizada legalmente, implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el número 3º del artículo 18 C.E., la grabación de una conversación mantenida con otro por el que la recoge magnefóticamente, no integra lesión del mencionado derecho fundamental.

policiales de modo que éstos como es lógico únicamente pudieron oír las frases que pronunciaba el recurrente.

Pues bien la mencionada sentencia no podría ser más clara al concluir con cita de amplia doctrina jurisprudencial<sup>309</sup> en su F.J. 3º “que el contenido de una conversación telefónica puede llegar lícitamente al proceso por vía de reproducción oral si alguno de los interlocutores la difunde públicamente”.

Asimismo la misma sostiene que únicamente cabría admitir vulneración del derecho de defensa si la conversación fuese fruto de una coacción o engaño policial para provocar la autoinculpación del recurrente.

- La S.T.S., 2ª, de 18.10.1998 (RJ 1998/8088) desestima el recurso de casación en el que se alegaba la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E. fundamentalmente por entender que las pruebas practicadas quedaron viciadas por su conexión con la transcripción de unas conversaciones telefónicas, unidas a la causa, y carentes de validez.

El recurrente alega que la base de su condena -como autor de un delito de apropiación indebida- eran unas conversaciones mantenidas

---

<sup>309</sup> Entre muchas otras, apunta las S.S.T.S., 2a, de 20.05.1997 (RJ 1997/4263) según la cual: “no existe vulneración del derecho a la intimidad cuando es el propio recurrente quien ha exteriorizado el contenido de sus pensamientos sin coacción de ninguna especie» y continúa: “la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción ni a la intimidad del recurrente”. Asimismo también cita la S.T.S., 2a, de 01.03.1996 (RJ 1996/1886) y de 06.07.2000 (RJ 2000/5672) conocida como el célebre caso del *Padre Coraje*, la cual será objeto de comentario.

con su Abogado y que habían sido grabadas por éste, si bien tal y como señala el Tribunal las transcripciones de dichas conversaciones no habían sido aceptadas como prueba en el acto del juicio oral a pesar de que no suponían una vulneración del art. 18.3 de la C.E.. No obstante, sí que existían otras pruebas bastantes en el causa demostrativas de las imputaciones fácticas al recurrente como la propia declaración en el acto del juicio del Abogado con el cual había mantenido diversas conversaciones telefónicas, que sí se habían practicado bajo las garantías de inmediación y oralidad.

El T.S. se manifiesta de forma contundente al concluir que las conversaciones grabadas con su Abogado no constituyen una transgresión del derecho constitucional consagrado en el art. 18. 3 de la C.E. y en consecuencia no ocasionaban una ineficacia refleja de todas las pruebas que derivaron de las conversaciones o de su transcripción, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial toda vez que:

“Según doctrina del Tribunal Constitucional (S. 114/1989 [RTC 1989\114]), y de esta Sala (S. 1467/1997, de 27 noviembre [RJ 1997\8236]), si la grabación de conversaciones telefónicas sostenidas por otros, no autorizada judicialmente, implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, protegido en el número 3.º del artículo 18 de la CE, la grabación de una conversación telefónica mantenida con otro por el que la recoge magnetofónicamente, no integra lesión del mencionado derecho fundamental”.

- La S.T.S. de 06.07.2000 (RJ 2000/5672) conocida como el “Padre coraje”, tiene por objeto la impugnación de la sentencia dictada por la

Audiencia Provincial de Cádiz en fecha 08.02.1999 por virtud de la cual se absolvió por falta de prueba a los acusados del delito de robo con homicidio.

El recurso lo interpone la acusación particular, que actúa en representación de los padres del fallecido, víctima del delito, que denuncian quebrantamiento de forma y vulneración del derecho fundamental a la prueba, por la inadmisión de pruebas de cargo propuestas por la acusación en tiempo y forma y que se consideran pertinentes.

Concretamente se recurre la inadmisión de una prueba de cargo consistente en la audición de conversaciones telefónicas grabadas por un interlocutor (padre de la víctima) sin conocimiento del resto (testigos y procesados) en las que al parecer éstos reconocían de un modo más o menos directo su relación con el hecho delictivo, por considerar que dicha prueba había sido aportada de forma extemporánea y partiendo de la premisa que dichas conversaciones no contribuirían al esclarecimiento de los hechos –por supuesta inutilidad-.

Asimismo también se denuncia la inadmisión de una prueba testifical que podría acreditar de modo directo el reconocimiento extrajudicial por parte de uno de los acusados de la autoría del homicidio <sup>310</sup> así como la denegación de la suspensión del juicio

---

<sup>310</sup> Se trataba de la declaración de la ex-esposa del acusado, testimonio de la cual se tuvo conocimiento después de la iniciación del juicio, que supuestamente aportaba el reconocimiento extrajudicial de la autoría del homicidio por parte de uno de los procesados. Dicho testigo manifiesta que el acusado le reconoció directa y personalmente su intervención en el hecho delictivo, lo justificó afirmando que se encontraba bajo el síndrome de abstinencia y trasladó la responsabilidad a la propia víctima diciendo que los hechos ocurrieron porque «el chico se puso chulo». La Sala

solicitada para la práctica de instrucción suplementaria en relación con las revelaciones inesperadas aportadas por las pruebas referidas en los motivos anteriores, alegando la causación de indefensión.

En orden a la vulneración alegada del derecho a la admisión de la prueba consistente en la incorporación al proceso de unas cintas magnetofónicas grabadas por el padre de la víctima fallecida, recogiendo conversaciones mantenidas con testigos y procesados a fin de esclarecer cómo habían acaecido los hechos, y en las que algunos testigos confirman la participación en el hecho de los acusados –luego negada en el acto del juicio- y otros acusados admiten de forma indirecta su participación en los hechos, el Tribunal disiente claramente de la posición mantenida por el Tribunal “a quo”.

Efectivamente el T.S. argumenta que el respeto al derecho fundamental a la prueba y la sensibilidad con que deben ser abordados los derechos de las víctimas, en este caso los de quien ha desplegado el máximo esfuerzo personal para intentar esclarecer quiénes han sido los autores de la muerte de su hijo, debe hacer prevalecer la procedencia de la audición y práctica de la prueba, en lugar de desecharla “a priori”, prejuzgando la inutilidad de un contenido que se desconoce<sup>311</sup>.

---

del Tribunal “ad quem” inadmitió dicha prueba porque consideró que carecía de credibilidad subjetiva.

La Sala consideró que la alegada «incredibilidad subjetiva» constituye un problema de valoración probatoria que no puede ser anticipado al momento de la admisión sino que es tras la práctica de la prueba en debida forma y con todas las garantías cuando debe valorarse la fiabilidad del testimonio.

<sup>311</sup> La Sala de la Audiencia Provincial de Cádiz justifica la decisión de inadmitir la prueba atendiendo a objeciones formales tales como que no fueron aportadas en sede de instrucción, ni tan siquiera antes de procederse al inicio de las sesiones y carecen de las garantías de integridad y autenticidad, y de fondo, por estimar que no contribuirían al esclarecimiento de la realidad de los hechos porque recogen rumores o conversaciones con uno de los procesados en los que «ningún reconocimiento de

Finalmente la sentencia concluye que la inadmisión de la prueba propuesta constituye una actuación excesivamente rigurosa y formal que generó indefensión a la parte proponente toda vez que conforme reiterada doctrina jurisprudencial<sup>312</sup> sobre la materia la grabación de la conversación por un interlocutor privado no implica en modo alguno la vulneración de un derecho fundamental que determine la prohibición de la valoración de la prueba así obtenida.

- No podría ser más acertada la conclusión apuntada por la S.T.S., 2ª de 19.11.2001 (RJ 2001/9695), la cual examina un caso en el que el recurrente alega la ilegitimidad de la grabación en cinta magnetofónica de su conversación con unos agentes de policía encubiertos los cuales simularon estar interesados en la compra de hachís, ilegitimidad que según su parecer en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la L.O.P.J. invalidaría el resto de las pruebas practicadas.

Pues bien, el Tribunal estima que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial existente sobre la materia conforme a la cual el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras

---

hechos se asume, sin que pueda extraerse de las mismas tampoco ninguna conclusión en orden a la responsabilidad de los restantes procesados». (F.J. 5º).

<sup>312</sup> Procede destacar la cita de la doctrina jurisprudencial que dicha sentencia realiza sobre la licitud de la grabación de las conversaciones propias remarcando el criterio acogido por la S.T.S., 2ª, de 01.03.1996 (RJ 1996/1886) al señalar que: «cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico», añadiendo que el contenido de una conversación puede llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recuerda fielmente lo conversado, o mediante la entrega de una cinta que recoja textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre los asistentes.



personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro, la conversación grabada por los agentes encubiertos no supone una infracción del derecho garantizado en el art. 18.3 C.E. ni que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven.

Comparto plenamente la conclusión a la que llega al T.S. al declarar que:

“Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue”.

La interesante cuestión planteada por la referida sentencia, esto es, la contestación de la llamada por persona ajena a la que inicialmente va dirigida, y concretamente por parte de funcionarios policiales, ha sido analizada por PAZ RUBIO<sup>313</sup>.

Dicho autor cita la S.T.S., 2ª, de 20.12.1996 (RJ 1996/9038), la cual analiza un caso en el que como consecuencia de las investigaciones para esclarecer un parricidio (actualmente derogado),

---

<sup>313</sup> PAZ RUBIO, José María y otros: *La prueba en el proceso penal (su práctica ante los Tribunales)*, Colex, Madrid, 1999, págs. 213 y 214.

funcionarios policiales que tenían en su posesión un teléfono móvil<sup>314</sup> (el del marido fallecido) que habían ocupado a resultas de dicha investigación, recibieron y contestaron en dicho teléfono cuatro llamadas en sucesivos días que realizaron por error varias personas de común acuerdo y, con intención de adquirir cocaína para destinar al tráfico a terceros.

El T.S. dicta sentencia absolutoria porque estima que no se está ante unas conversaciones espontáneas y conscientes en las que el receptor rompe el secreto de la comunicación mantenida, sino que en la comunicación producida y varias veces reiterada, interviene un tercero ajeno a aquellos entre los que supuestamente debía mediar el proceso de interrelación telefónica (el Inspector de Policía). Lo acaecido es que el procesado supuestamente contacta telefónicamente con el traficante de drogas, siendo inducido a error por parte de la Policía que cogió el teléfono al aparecer como persona relacionada con aquél, ocultando su identidad.

La circunstancia relevante a mi modo de ver es que la comunicación obviamente no iba dirigida al Inspector de Policía, motivo por el que se produjo una interferencia por un tercero (público)<sup>315</sup> en la comunicación concebida con otra persona distinta, manteniéndose en

---

<sup>314</sup> La Audiencia estima que la posesión del teléfono por los agentes de la autoridad era proporcionada a la vista de los hechos que se pretendían resolver (un posible parricidio), si bien el referido teléfono con constaba entregado al Juzgado. La Sentencia recurrida parece hacer una distinción, al tiempo de evaluar la actuación policial, entre lo que estima constitutivo de una intervención telefónica propia y lo que sólo representaría una observación telefónica, limitada a responder a las llamadas, conocer su contenido y utilizarlo en el curso de la investigación policial.

<sup>315</sup> Comparto plenamente lo sostenido por el T.S. en el sentido que la Policía no tenía potestad ni autorización judicial para hacer uso del teléfono móvil que tenía en su poder y por ello, ante tales insólitas comunicaciones, lo que procedía era la inmediata dación de cuenta a la autoridad judicial, concluyendo en consecuencia que no había existido ni control ni autorización judicial para la intervención telefónica.

su actitud al reiterarse la situación, con total ausencia de dación de cuenta al órgano judicial correspondiente (únicamente tras la detención de los acusados y llevada término la operación policial), y por consiguiente con eliminación absoluta de cuantos requisitos condicionan la legitimidad de las intervenciones telefónicas.

Por el contrario, aunque de forma indirecta, la S.T.S., 2ª, de 04.06.1998 (RJ 1998/5588), declara que “es indiscutible entender la ilegitimidad constitucional”, cuando en el momento de la detención en un control rutinario de tráfico, se interviene un teléfono móvil y se recibe en ese momento una llamada que es contestada por la Guardia Civil, que haciéndose pasar por el destinatario de la misma recibió la información que permitió la posterior detención de los que marchaban por delante. (F.J. 4º).

- Finalmente, entre los más recientes pronunciamientos en orden a la licitud de las conversaciones por parte de uno de los interlocutores, cabe destacar la S.T.S., 2ª, de 06.06.2005 (RJ 2005/8196), F.J. 18º, en el que el recurrente alega la infracción del art. 18.3 C.E. por entender que al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública mediante la intervención de los teléfonos de determinadas personas, se estuvo investigando al recurrente mediante la intervención de las conversaciones telefónicas, sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica, los nuevos hechos descubiertos.

El Tribunal estima que no se ha vulnerado el art. 18.3 C.E. ni el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2º C.E.) tal y como alega el recurrente toda vez que se transcribieron todas las llamadas en

que el mismo intervino, basándose fundamentalmente en la pacífica doctrina jurisprudencial de nuestros más Altos Tribunales según la cual si el recurrente llama a los titulares o usuarios de los teléfonos intervenidos emite voluntariamente una opinión o un secreto a su contertulio, sabiendo de antemano que se despoja de sus intimidades, exponiéndose a que quienes le escuchan puedan usar su contenido sin incurrir un reproche jurídico.

Procede destacar que dicha resolución, tras reiterar que constituye vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones la grabación de la conversación de otros sin disponer de autorización judicial y que por el contrario es lícita la grabación de la conversación por uno de los interlocutores sostenida con otra persona, entiende que en el caso objeto de revisión en casación, la autorización judicial vendría a sustituir la decisión del titular o del usuario del teléfono de grabar la conversación con otra persona.

- La S.T.S., 2ª de 20.02.2006 (RJ 2006/2151), analiza un caso en que la recurrente insistía en la indefensión que le había ocasionado la intervención telefónica, que había sido autorizada por el titular de la terminal intervenida (el testigo que la denunció por un supuesto delito de cohecho), que según la misma le llevó a situaciones equívocas interpretadas en su contra por el Tribunal. El T.S. concluyó que el acerbo probatorio era más que suficiente para condenarla toda vez que constaban en las actuaciones las grabaciones de las múltiples conversaciones telefónicas que había mantenido con un testigo (el denunciante) y para ello se fundamentó en la pacífica doctrina del T.C. conforme a la cual no concurre inconveniente alguno para la utilización probatoria de las cintas grabadas con el expreso consentimiento del

titular del aparato telefónico intervenido, que es uno de los interlocutores de la conversación.

De la citada doctrina jurisprudencial procede destacar la relevante STC 114/1984, de 29 de noviembre y STC 56/2003, de 24 de marzo, habiéndose pronunciado esta última sobre la inexistencia de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando uno de los interlocutores (el que denunciaba el chantaje) autorizó expresamente a la Guardia Civil para que registrara sus conversaciones y poder determinar así el número desde el que le llamaban, al no contar con un aparato técnico para ello, declarando que no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece la comunicación con él. Entiendo que tal razonamiento es completamente lógico puesto que lo contrario implicaría que todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones.

**2) Límite a la grabación de las conversaciones propias: derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (art. 24.2º C.E.)**

En el presente apartado analizaremos qué sucede cuando el contenido de la conversación grabada supone lo que podríamos llamar una declaración autoinculpatoria del imputado, y en definitiva, si dicha declaración puede o no ser aportada al proceso como medio de prueba.

A tal fin realizaremos un estudio de las posiciones que mantiene la doctrina en dicha materia, que como ya avanzamos no es una cuestión pacífica como es lógico al tratarse de un aspecto controvertido, y asimismo analizaremos la doctrina jurisprudencial, que tal y como tendremos ocasión de comprobar, ante la clara permisividad en orden a la licitud de la grabación de las conversaciones propias, dicha tesis encuentra un límite, cual es la prohibición de utilizar la técnica de grabación de las conversaciones como forma de conseguir una prueba anticipada de confesión del autor de determinado delito.

**2.1) Posiciones doctrinales**

A estas alturas del trabajo tan sólo hay que recordar la pacífica doctrina jurisprudencial de nuestros más Altos Tribunales relativa a la licitud de las intervenciones telefónicas como medio de investigación, o como fuente de conocimiento lícito y la posibilidad de utilizar la información proporcionada por razón de la intervención telefónica como medio de prueba en el plenario. Otra cuestión son las discrepancias que

se han planteado sobre la forma de hacer llegar el contenido probatorio de las cintas grabadas en el acto del juicio, que será objeto de análisis en el capítulo V.

El problema surge cuando la información obtenida fruto de una intervención telefónica es una declaración autoinculpatória del investigado. Resulta francamente interesante la búsqueda de una respuesta a la duda que se plantea en torno al valor que ha de otorgarse al resultado de una legítima intervención de las comunicaciones del imputado, cuando éstas, incluyen información o datos que por ser incriminatorios, resultan perjudiciales a su posición en el proceso<sup>316</sup>.

Además habrá que valorarse el verdadero alcance de lo que en su caso, el sujeto pasivo pueda manifestar, en cuanto que es titular del derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo o confesar su culpabilidad, garantías todas ellas consagradas en el derecho fundamental del art. 24. 2 C.E.<sup>317</sup>.

Nadie parece cuestionar la voluntad en el sujeto del que procede la comunicación sometida a control, de transmitir a un tercero cierta información relacionada con su participación en un determinado delito. Sin embargo, lo cierto es que es fácilmente apreciable la concurrencia de dos corrientes doctrinales claramente diferenciadas: aquella que

---

<sup>316</sup> El TC se ha pronunciado con claridad y rotundidad respecto al valor que ha de otorgarse a la declaración del imputado en el juicio oral “el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral puede ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena. (STC 161/1999, de 29 de septiembre, F.J. 4º).

<sup>317</sup> ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob. cit. págs. 119 y ss. realiza un análisis detallado del alcance de los derechos del art. 24.2 C.E..

estima que las declaraciones autoinculpatorias del imputado no pueden ser consideradas como pruebas, criterio que es sostenido entre otros por LÓPEZ-FRAGOSO, MARTÍN MORALES, LÓPEZ YAGÜES y de URBANO CASTRILLO, y aquella otra que sí lo entiende plausible, como es el caso de RODRÍGUEZ LAINZ.

Efectivamente, LÓPEZ-FRAGOSO<sup>318</sup> y MARTÍN MORALES<sup>319</sup> entienden que el sujeto pasivo de la medida no presta “declaración” en sentido estricto, de modo que las manifestaciones que realiza –incluso las autoincriminatorias– no pueden entenderse dirigidas al Juez o Tribunal que esté instruyendo la causa. El resultado de la comunicación que se intercepta, en opinión de dichos autores, no es sino un hecho, el hecho de haber manifestado ciertas circunstancias en el desarrollo de una comunicación privada, pero en modo alguno estamos ante un acto procesal que haya de ser valorado como prueba, toda vez que entre otras razones, no existe tal voluntad por parte del emisor de las manifestaciones.

Así LÓPEZ-FRAGOSO<sup>320</sup> se muestra tajante al declarar que “la fuente de prueba obtenida con una medida de intervención telefónica nunca podrá tener por contenido una confesión o un testimonio del

---

<sup>318</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. págs. 118 y 119 . De la misma opinión es ILLUMINATI, Giulio: *La disciplina processuale delle intercettazioni telefoniche*, ob. cit. pág. 80, el cual apunta que en tal comunicación a un tercero no puede verse una verdadera intención de llevar a cabo un acto procesal relevante.

<sup>319</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob. cit. pág. 105.

<sup>320</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. pág. 117. Dicho autor va más allá al considerar que tendrá menos valor para fundar la prueba indiciaria el hecho de que las conversaciones intervenidas provengan de un sujeto pasivo de la medida distinto del imputado. Respecto a la valoración de las declaraciones de coimputados en el próximo apartado comentaremos las STC 137/1988, de 7 de julio y SSTs de 09.07.1984 y 21.09.1987.



imputado o de otros sujetos pasivos de la medida”. En caso contrario, se vulneraría directamente el principio constitucional el derecho a no declarar contra sí mismo, garantizado en el art. 24.2 de la C.E..

Comparto totalmente su posición ya que cuando faltan las debidas garantías y presupuestos en la ejecución de la intervención telefónica, no es que los resultados de la intervención telefónica no puedan alcanzar el valor probatorio de una prueba indirecta, sino que no deberían tener eficacia alguna (ni tan sólo valor de mera denuncia), declarándose en consecuencia la nulidad de actuaciones. Esta cuestión relativa a la eficacia de la prueba obtenida ilícitamente será objeto de análisis en el capítulo V.

En última instancia, LÓPEZ-FRAGOSO entiende que para el caso de que finalmente sean aportadas al proceso las manifestaciones realizadas vía telefónica, el máximo valor que podrá otorgarse es del prueba indiciaria –y no directa-, incluso en el caso de que el imputado haya manifestado el haber realizado una determinada conducta o actividad delictiva, esto es, que se autoincrimine.

Ahora bien, como es lógico en tales casos, el Juez deberá valorar dichos indicios junto con otras pruebas, ya sean inculpatorias o exculpatorias, para poder legítimamente fundar una sentencia de condena, como por ejemplo, la declaración testifical de los policías ejecutantes de la intervención.

TORRES MORATO<sup>321</sup> se sitúa en la misma posición que LÓPEZ-FRAGOSO en el sentido de considerar que la prueba obtenida de las escuchas telefónicas debe considerarse prueba indiciaria o indirecta, incluso en los casos en que el imputado se autoincrimine en la conversación telefónica, puesto que no se trata de una confesión, ni de un testimonio si las manifestaciones captadas provienen de un tercero. Según su parecer, al igual que lo sostiene LÓPEZ-FRAGOSO, las conversaciones grabadas son un hecho extra procesal, no una declaración realizada ante la autoridad judicial.

Por el contrario, LÓPEZ BARJA <sup>322</sup> considera que las manifestaciones autoinculpatorias realizadas libremente por el inculpado que se hayan obtenido sin que el otro interlocutor haya utilizado ningún género de engaño para obtener la declaración -por desconocer la existencia de la intervención telefónica- constituyen prueba directa y no indiciaria. Ahora bien, en el caso de que se hayan obtenido mediante engaño, como ocurre por ejemplo cuando uno de los interlocutores es policía y mediante la intervención telefónica trata de buscar hechos incriminatorios, deben negarse toda eficacia a tales declaraciones<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> URBANO CASTRILLO, Eduardo de y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La Prueba Ilícita Penal*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 282.

<sup>322</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob. cit. págs. 208 y ss.

<sup>323</sup> Como tendremos ocasión de comprobar, éste ha sido el criterio seguido tanto por el TC, siendo de destacar la STC 114/1984, de 29 de noviembre, como por el TEDH, que recogió dicha doctrina en el caso Schenk, sentencia de 25.02.1988, la cual es comentada por RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob. cit., págs. 260 a 262. En este caso el Alto Tribunal debía analizar de si puede admitirse en un proceso penal una prueba conseguida en forma ilegal -una cinta en la que se registró una conversación telefónica sin la necesaria autorización judicial-, según la legislación del Estado del demandante (Suiza).

MARTÍN MORALES, entiende que debe rechazarse todo artificio o estratagema que no consista en el simple recurso a las escuchas y que implique una trampa o provocación, por lo que según el mismo una posible solución sería rechazar *ab initio* la admisibilidad de toda intervención, que por el momento o destino, sea susceptible, de infringir el derecho del imputado reconocido en el art. 24.2 C.E.<sup>324</sup>.

Especialmente interesante es la contradicción que apunta LÓPEZ YAGÜES<sup>325</sup>, por el hecho de reconocer por un lado las garantías constitucionales de guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, sin obligación de admitir su culpabilidad, y al mismo tiempo admitir sin reservas la utilización de unas manifestaciones que pueden señalarle como partícipe en la comisión de un determinado delito no realizadas con plena libertad y consciencia, o en palabras de la autora, con “libertad de autodeterminación”.

Por otro lado, también señala que no sería lógico negar toda virtualidad probatoria a toda la información procedente del imputado a fin de defender a toda costa las garantías constitucionales, con lo que ello conllevaría de frustración del éxito de la investigación, sino que dicha información debe ser valorada junto con el resto de pruebas practicadas, situándose así en la misma línea que LÓPEZ-FRAGOSO.

---

<sup>324</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob. cit. pág. 104, poniendo como ejemplo, la introducción intencionada de elementos que induzcan a la confesión telefónica.

<sup>325</sup> LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ob.cit. págs. 433 y 434. Para sostener su posición cita la doctrina jurisprudencial del TC representada por la línea iniciada por la sentencias núms. 36/1983; 127/1992 y posteriormente seguida por la sentencia n° 166/1999, de 27 de septiembre (F.J. 3°).

Dicha autora concluye que deviene ilícita y por ende carece de toda eficacia en el proceso, el empleo de una medida de intervención telefónica acordada con la intención de obtener del imputado, datos o informaciones que pudieran ser utilizados como datos incriminatorios, en desconocimiento de los derechos que le asisten por ostentar tal condición.

En la misma línea, MARTÍN PALLÍN<sup>326</sup> sostiene que en ningún caso puede equipararse la prueba o confesión obtenida por medio de la grabación de una conversación telefónica con la que se deriva del interrogatorio del imputado, ya que no cubre las garantías para su validez, añadiendo un matiz importante, cual es que para su validez procesal, el imputado o acusado debe haber sido previamente informado de su derecho a guardar silencio y a declarar contra sí mismo o confesar su culpabilidad.

En un plano distinto se sitúa RODRÍGUEZ LAINZ<sup>327</sup> conforme el cual procede distinguir según sea un particular (como por ejemplo la propia víctima) o bien los poderes públicos (agentes encubiertos) quien decida grabar la conversación telefónica a fin de obtener un reconocimiento de los hechos por parte del presunto autor del delito.

Según dicho autor en el ámbito de los sujetos privados, el reconecedor de los hechos debe ser consciente de que tal confesión puede ser utilizada en su contra, por mucha creencia de confidencialidad que pudiera atribuir al receptor de la confesión

---

<sup>326</sup> MARTÍN PALLÍN, José Antonio: *Escuchas telefónicas (Libro-Homenaje a E. Ruiz Vadillo)*, ed. Colex, Madrid, 1999, pág. 392.

<sup>327</sup> RODRIGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob. cit. pág. 150.

(pensemos en un coprocesado) y por tanto, debe asumir las consecuencias de sus propias decisiones y ello en base a doctrina consolidada del T.S. conforme a la cual no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones por la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante (S.T.S., de 20.05.1997, RJ 1997/4263; de 01.12.1999<sup>328</sup>, STS 1461/1999 y de 06.07.2000, RJ 2000/7458 entre muchas otras)<sup>329</sup>.

Frente a esta consideración de licitud del empleo de la técnica de la grabación de las conversaciones entre particulares, RODRIGUEZ LAINZ estima que la situación es completamente distinta cuando intervienen los poderes públicos (mediante un agente encubierto) toda vez que los derechos constitucionales a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo son garantías que despliegan sus efectos en relación a las declaraciones que el imputado realiza personalmente ante la Policía, el Ministerio Fiscal y los Jueces y Tribunales.

---

<sup>328</sup> Dicha sentencia declara que es perfectamente lícita la grabación de una conversación entre interlocutores.

<sup>329</sup> En el mismo sentido se pronunció de forma clara la S.T.S, de 09.11.2001 (RJ 2001/9695) en su F.J. 9º: “De acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala en Sentencias como la de 30-5-1995 (RJ 1995, 4506) y 1-6-2001, el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto. Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar la imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven”.

Por tanto, según dicho autor debe reputarse ilícita la grabación subrepticia de una conversación en que uno de los interlocutores esconde su verdadera identidad (agente encubierto), razón por la cual es receptor de la confianza, si bien ello cambiaría si el propio detenido hubiese autorizado a la Policía para interceptar una determinada conversación a fin de mitigar el daño causado. Dicho peculiar supuesto es el analizado por la S.T.S. de 09.06.2001 (RJ 2001/4603) en el que el Tribunal concluyó que no se había producido vulneración alguna del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones por considerar que en realidad no hubo ninguna conversación telefónica toda vez que el detenido (por un delito de robo con fuerza en las cosas) a fin de obtener la aplicación de la atenuante genérica del art. 21.5 del C.P., y previa anuencia de la Policía, y en presencia de ésta, realizó una llamada telefónica a un coautor con la finalidad de que devolviera parte del botín, situación en la que los agentes únicamente participaron directamente en escuchar las manifestaciones vertidas por el detenido, no las de su interlocutor.

Una vez analizadas las distintas posiciones doctrinales, seguidamente, realizaremos un breve repaso a cuál ha sido la evolución jurisprudencial que se ha producido en esta materia y asimismo haremos una comparación con la jurisprudencia emanada del T.E.D.H., la cual siempre constituye un claro referente.

## 2.2) Análisis jurisprudencial

Como ya hemos señalado, es jurisprudencia pacífica y consolidada que sostiene que debe otorgarse plena eficacia y validez a las declaraciones efectuadas por el imputado en el juicio oral toda vez que se han respetado los principios básicos de contradicción e inmediación que debe regir todo proceso<sup>330</sup>. Otra cuestión, es dilucidar qué sucede cuando se obtiene una declaración autoinculpatoria del sujeto de la medida de intervención telefónica fruto de una grabación subrepticia de una conversación telefónica o bien dicha autoincriminación resulta de un engaño previo.

Antes de examinar cuál ha sido la evolución de dicha cuestión en nuestro país, debe dejarse claro cuál es el alcance del derecho a no declarar contra sí mismo consagrado en el art. 24 C.E.. Así procede citar la STC 18/2005, de 1 de febrero, la cual haciendo suya la doctrina emanada del T.E.D.H.<sup>331</sup>, como contenido del núcleo de la noción de proceso justo garantizado por el Convenio de Roma, declaró: “(...) presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión contra la voluntad de la persona acusada”.

---

<sup>330</sup> Así entre muchas otras, STC 161/1999, de 29 de septiembre, F.J. 4°.

<sup>331</sup> Cabe destacar las SSTEDH de 03.05.2001, caso J.B. contra Suiza; de 08.02.1996, John Murray contra Reino Unido, de 17.12.1996, Saunders contra el Reino Unido; de 20.10.1997, Serves contra Francia; de 21.12.2000, Henaey y Mc Guinness contra Irlanda; de 03.05.2001, Quinn contra Irlanda y de 08.04.2004, Weh contra Austria. En síntesis, la posición del TEDH es que aunque no se mencionan específicamente en el art. 6 del CEDH, el derecho a guardar silencio y el derecho a no inculparse son normas generalmente reconocidas que yacen en el núcleo de la noción de un proceso justo en virtud del referido precepto. Según el citado Tribunal, el derecho a no inculparse presupone concretamente que el seguimiento de una causa criminal trata de probar sus argumentos contra el acusado sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos u opresivos a despecho de la voluntad del acusado, razón por la que estima que el derecho en cuestión está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia que contiene el artículo 6.2 del Convenio.

Es importante destacar que dentro de los métodos coercitivos no se encuentran sólo la coacción directa, la amenaza o el empleo de la violencia en la obtención de una confesión, sino también cualquier medio que suponga una coacción, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades. Es por ello, por lo que el TC, que define los derechos a no declarar contra sí mismo o no confesarse culpable como garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, concibe el ejercicio de tales derechos como “la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación”, estrategia procesal frente a la que nunca podrá ser forzado o inducido, bajo coacción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”<sup>332</sup>.

Seguidamente realizaremos un análisis de los más destacados pronunciamientos del T.S. así como del T.C..

---

<sup>332</sup> Dicha línea jurisprudencial del TC, la hallamos en sus SSTC 197/1995, de 21 de diciembre; 161/1997, de 2 de octubre; 127/2000, de 16 de mayo y entre los más recientes pronunciamientos se encuentra la STC 61/2005, de 14 de marzo, F.J. 3º, la cual concluyó que se había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente al otorgarse una valoración negativa del silencio de aquél, al ser la única prueba de que se disponía. Sin embargo, procede tener presente que en alguna ocasión el Alto Tribunal ha reputado lógico, racional y ajustado a las normas de la experiencia, deducir de la conducta pasiva del imputado un indicio de culpabilidad (STC 202/2000, de 24 de julio), si bien es cierto que en aquel caso la condena se asentó en otras pruebas de cargo válidas, y por tanto, debe estarse siempre a una valoración del conjunto de los elementos de prueba disponibles.



### **2.2.1) Análisis de la doctrina jurisprudencial del T.S.**

Sobre los supuestos en que se ha obtenido una declaración autoinculpatória del imputado y las consecuencias que ello conlleva, se ha pronunciado de forma clara la S.T.S., 2ª, de 01.03.1996 (RJ 1996/1886) la cual trata el interesante supuesto de la grabación, provocada entre encausados por la comisión de un delito de tráfico de estupefacientes, de una conversación en la que uno de ellos se reconocía abiertamente como relacionado con el delito que estaba en ese momento en fase de investigación judicial. Varios coprocesados consiguieron en el curso de la conversación que uno de ellos reconociera ser el autor del delito –propietario de una cazadora en cuyos bolsillos se encontró escondida la droga aprehendida-, consiguiendo tal confirmación deliberadamente con la finalidad de que la misma quedara registrada en una grabadora que llevaba escondida.

Ante tales circunstancias, el Alto Tribunal a pesar de admitir que cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un tertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente a los que las escuchan, considera que tal práctica tiene sus límites cuando con ello se puede llegar a cercenar el derecho del procesado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, entendiéndose que sin duda de haber conocido el interlocutor que su conversación se estaba grabando, sus manifestaciones no hubiesen sido las mismas. Concluyendo de forma categórica en su F.J. 1º que:

“El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de confesión de alguno de los intervinientes ya que ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho”.

La referida sentencia realiza un profundo análisis sobre la cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírselo a los demás, concluyendo que dicho comportamiento no ataca a la intimidad ni al derecho al secreto de las comunicaciones<sup>333</sup>.

Asimismo sostiene que el contenido de la conversación pudo llegar al proceso por la vía de su reproducción oral si alguno de los asistentes recordaba fielmente lo conversado o mediante la entrega de la cinta que recogía textualmente, con mayor o menor calidad de sonido, el intercambio de palabras entre los asistentes. Por todo ello concluye de forma contundente que cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a otro de los interlocutores se arriesga a que hagan uso del contenido de lo transmitido, sin incurrir por ello en ningún reproche jurídico.

Finalmente la Sala prescindió completamente de las manifestaciones que se realizaron en la conversación grabada toda vez que entendía que aquélla había sido obtenida de forma provocada para ser aportada a la causa. Sin embargo, las personas que llevaron a cabo la grabación de la conversación comparecieron al acto del juicio y

---

<sup>333</sup> Como ya hemos comentado de esta misma opinión es ALONSO PÉREZ, Francisco: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, ob. cit. pág. 131.

ratificaron que la cazadora donde se había encontrado la droga pertenecía al recurrente, motivo por el que el Tribunal tras la valoración del resto de las pruebas practicadas, desestimó el recurso.

RODRÍGUEZ LAINZ <sup>334</sup> comparte la solución ofrecida por la comentada sentencia del T.S., esto es, entender que se vulnera el derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica cuando intervienen los poderes públicos (por medio de agentes encubiertos) a fin de obtener una declaración autoinculpatoria del mismo si bien realiza una apreciación ciertamente interesante, como es que la referida sentencia parece confundir lo que es la conversación provocada con lo que es la grabación de la conversación provocada<sup>335</sup>.

Otras resoluciones han sido completamente claras en tildar de ilícita la intervención de los poderes públicos a fin de obtener una declaración autoinculpatoria. Así a modo de ejemplo cabe citar la S.T.S. de 09.06.2001 (RJ 2001/4603), para la que solamente "(...) cabría hipotéticamente admitir vulneración del derecho de defensa si la conversación fuese fruto de una coacción o añagaza policial para provocar la autoinculpación del recurrente" (F.J. 4º). Finalmente entendió que no se había vulnerado el derecho de defensa del recurrente toda vez que éste en ninguna de sus declaraciones alegó coacción o inducción alguna para efectuar la llamada destinada a procurar la devolución del dinero, sino que del análisis de las

---

<sup>334</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob. cit. pág. 152.

<sup>335</sup> Lo cierto es que dicha confusión se refleja en posteriores pronunciamientos del Alto Tribunal como es en la sentencia de 06.07.2000 (RJ 2000/5672), en la que concluyó que era posible la utilización de las confesiones obtenidas del presunto autor por lo víctima o denunciante, y por tanto, sostiene una tesis completamente contraria a la comentada sentencia de fecha 01.03.1996.

actuaciones se desprende que dicha llamada se produjo una vez ya instruido de sus derechos, incluido el derecho a no declarar y a no confesarse culpable, del que hizo uso, manifestando que no deseaba declarar.

En parecidos términos, la S.T.S., 2ª, de 09.11.2001 (RJ 2001/9695) analiza también un caso de agentes encubiertos en el que se graba la conversación telefónica mantenida con la persona del sospechoso en el que lograron hacerle reconocer que era poseedor de sustancias estupefacientes simulando estar interesados en la compra de hachís, llegando incluso aquél a realizar una transacción para ser descubierto, si bien la particularidad de dicha resolución radica que aún no se hallaba en vigor la actual regulación de la figura del agente encubierto del art. 282 bis de la L.E.Crim.. A pesar de ello el Tribunal estimó que tal circunstancia no era obstáculo para la licitud de la grabación captada en tales condiciones.

Sin embargo, la sentencia concluyó que tanto la grabación de dicha conversación como la confesión eran ilícitos como medios de pruebas por haber vulnerado el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable reconocido en el art. 24.2º de la C.E., atribuyéndole las consecuencias de lo dispuesto en el art. 11.1º de la L.O.P.J.<sup>336</sup>, y estimó que la culpabilidad del acusado únicamente podría deducirse, en su caso, de otras pruebas adicionales que es precisamente lo que aconteció.

---

<sup>336</sup> Dicho precepto, el cual será objeto de análisis más adelante, dispone lo siguiente: “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Tal solución considero que es comprensible en el marco de la intervención directa de los poderes públicos, en el cual se entiende que únicamente existiría vulneración del derecho de defensa si la conversación fuese fruto de un engaño policial (agente encubierto) para provocar la autoinculpación del encausado, pero es mucho más discutible en el seno de las relaciones intersubjetivas.

Así siguiendo pacífica doctrina jurisprudencial, citada en el apartado anterior, hay que tener presente que la mayor parte de conversaciones grabadas lo son para enfatizar el valor probatorio de una declaración de quien antes sabe tal circunstancia por conocimiento propio o por sospecha propia, y que si la grabación se hace para permitir el reconocimiento de la comisión de la infracción criminal de un presunto autor por parte de la víctima o de un familiar de ésta, nadie podrá escudarse en que si supiera que la conversación se estaba grabando no lo habría admitido.

Por lo tanto, según doctrina del T.S., ante tales circunstancias el reconocedor puede y debe tener plena conciencia de que tal confesión puede ser utilizada en su contra y es libre para sincerarse o para callar lo que le pueda perjudicar, por lo que ha de soportar las consecuencias de sus decisiones. En definitiva, lo dicho por el reconocedor no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no es interferido porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto.

En sintonía con lo expuesto, tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones el posterior uso por parte del receptor del

contenido de lo grabado, pues tal circunstancia no convierte en secreto lo que en origen no lo fue.

En definitiva, podemos concluir que los derechos constitucionales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías que despliegan sus efectos en relación a las declaraciones que el imputado realiza personalmente ante la Policía, el Ministerio Fiscal o ante Jueces y Tribunales.

- En un estado intermedio se encuentra la injerencia protagonizada por la autoridad pública con la correspondiente autorización judicial y el consentimiento de uno de los interlocutores, injerencia que deberá estar sujeta igualmente a los principios y garantías que rigen la intervención del derecho al secreto de las comunicaciones, si bien el principio de proporcionalidad no deberá observarse de una forma tan estricta atendido precisamente la anuencia de uno de los interlocutores.

La S.T.S., 2ª, de 08.05.2001 (RJ 2001/2700) trató precisamente de un caso de delito de cohecho, en el que el consentimiento del interlocutor –el titular de la línea del aparato telefónico- sirvió para corroborar los hechos denunciados (delito de cohecho) a petición del mismo, otorgando el Tribunal plena validez al contenido de las conversaciones mantenidas entre el denunciante y el imputado.

Ante la denuncia del recurrente de supuesta ilicitud de las pruebas derivadas de la intervención telefónica, la sentencia en su F.J. 2º razona que no cabe apreciar infracción constitucional alguna ya que se han observado todas las garantías: la intervención telefónica contaba

con la preceptiva autorización judicial y la grabación de las conversaciones telefónicas con el consentimiento expreso del titular del teléfono. Dicha resolución se fundamenta en la consolidada doctrina del T.S. y del T.C. conforme a la cual no existe inconveniente alguno para la utilización probatoria de las cintas grabadas con el expreso consentimiento del titular del teléfono intervenido, que constituye uno de los interlocutores de la conversación.

Asimismo la S.T.S., 2<sup>a</sup>, de 20.02.2006 (RJ 2006/2151) analiza el recurso interpuesto por la condenada como autora también de un delito de cohecho la cual alegaba la vulneración de la presunción de inocencia, poniendo especial énfasis en la indefensión que la grabación -autorizada por el titular de la terminal intervenida, que fue posteriormente el testigo que la denunció- de la conversación telefónica le había ocasionado, al haberla llevado según la misma a situaciones equívocas interpretadas en su contra por el Tribunal.

La Sala tras una remisión detallada a la jurisprudencia del T.C.<sup>337</sup> conforme a la cual no hay secreto para aquél a quien la

---

<sup>337</sup> Principalmente de la relevante S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114) y la S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo, RTC 2003/56, la cual trata un caso muy parecido en el que declaró que no existe vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones cuando fue uno de los interlocutores en la comunicación telefónica - el denunciante del chantaje al que se encontraba sometido- quien autorizó expresamente a la Guardia Civil a que registrara sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban, al no contar con aparato técnico para ello. Dicho de otro modo, no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece comunicación con él; en otro caso todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 CE. A ello cabe agregar que, tal y como se señala en la STEDH de 25 de septiembre de 2001 ( TEDH 2001, 552) (caso P.G. y J.H. contra Reino Unido), "la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria para la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al período de tiempo de las llamadas telefónicas" (§ 47)».

comunicación se dirige y no implica contravención del art. 18.3 C.E. la retención, por cualquier medio del contenido del mensaje, confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga en el sentido de que de la prueba practicada - se pudo valorar tanto las declaraciones de los agentes de Guardia Civil que intervinieron en la detención de la recurrente como las transcripciones de las conversaciones telefónicas acordadas con el consentimiento de uno de los interlocutores (del titular del aparato telefónico intervenido)-, se desprendía claramente la implicación de la acusada (funcionaria de la Administración de Justicia) en un delito de cohecho.

A continuación comentaremos la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Constitucional, que como veremos es un claro reflejo de las hasta ahora analizadas sentencias del T.S..

### **2.2.2) Análisis de la doctrina jurisprudencial del T.C.**

Especialmente relevante es la STC 161/1999, de 29 de septiembre, en el tratamiento de dicha problemática, atendido que la misma aporta luz en esta materia al matizar que las declaraciones del imputado en el juicio oral pueden servir como prueba de cargo al estar las mismas sometidas a los principios de inmediación y contradicción, distinguiéndose así de lo que sucede respecto de las declaraciones autoincriminatorias captadas en el transcurso de una conversación telefónica.



Sin embargo conviene tener en consideración que un sector doctrinal<sup>338</sup> considera que esta práctica de obtención y aportación como prueba de una confesión con carácter personalísimo efectuada a una determinada persona afecta directamente al derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.).

En idénticos términos el Alto Tribunal sanciona la coacción, compulsión, inducción fraudulenta o intimidación tanto en su Auto de 13.12.2000 como en la relevante STC Pleno 81/1998, de 2 de abril<sup>339</sup>. En esta última sentencia el Alto Tribunal modificó parcialmente su doctrina clásica sobre la presunción de inocencia y supuso la introducción en el universo jurisprudencial de la doctrina de la conexión de antijuricidad<sup>340</sup>. La cuestión sometida al conocimiento del Tribunal Constitucional consistía en determinar si los elementos de prueba en los que el órgano judicial basó su convicción acerca de la culpabilidad del recurrente de amparo, podían ser tenidos en cuenta por ser jurídicamente independientes de la intervención telefónica declarada contraria al derecho al secreto de las comunicaciones.

Un claro precedente lo encontramos en las sentencias del TC 179/1994, de 14 de marzo<sup>341</sup> y especialmente en la STC 86/1995, de 6

---

<sup>338</sup> Un claro ejemplo de ello es VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema”, *Actualidad Penal*, núm. 18/3, 9 mayo 1993.

<sup>339</sup> En el mismo sentido, SSTC 139/1999, de 22 de julio; STC 239/1999, de 20 de diciembre; STC 299/2000, de 11 de diciembre y STC 49/2001, de 27 de junio.

<sup>340</sup> En efecto, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional abordó la problemática de la prueba prohibida, sobre bases distintas a las hasta ahora vigentes, y por ello su análisis lo abordaremos en el capítulo V dedicado a tal fin.

<sup>341</sup> Dicha sentencia solamente refiere la existencia de la confesión de los encartados como una de las pruebas de cargo lícitas que, junto a la declaración de los agentes intervinientes en su detención permitieron su condena, sin entrar a justificar por qué se había producido la desconexión causal entre la confesión de los recurrentes

de junio. Del análisis de esta última sentencia, resulta que fruto de la información recabada en el curso de una intervención telefónica que posteriormente será declarada conculcadora del derecho al secreto de las comunicaciones, el recurrente en amparo es descubierto en posesión de un bolso que llevaba en el coche que conducía, conteniendo 25kg de hachís. En el momento de su detención no consta que se le hiciera instrucción de sus derechos como detenido, careciendo de asistencia letrada en su declaración ante la Guardia Civil, donde confesó los hechos. Situación de reconocimiento que se mantuvo en su primera declaración ante la autoridad judicial debidamente asistido de Letrado.

A pesar de que la defensa del recurrente intentó conseguir que se declarase la nulidad de su defendido al amparo de lo previsto en el art. 11.1 de la LOPJ, el Alto Tribunal no le dio la razón toda vez que otorgó plena validez a su declaración judicial, en la que ratificó su versión de los hechos, cuando ya gozaba de todas las garantías. Sin embargo el Tribunal sí que admite que en estos casos, existe un factor más bien de carácter psicológico que explica por qué el acusado llega a colaborar en el elenco de pruebas en su contra, cuando trata de ofrecer una explicación lógica de lo acontecido ante las evidencias de su participación en los hechos, que explica que es muy probable que en un contexto diferente la confesión espontánea no se hubiere producido<sup>342</sup>.

---

en amparo y el registro domiciliario que fuera reputado contrario a las garantías constitucionales.

<sup>342</sup> Concretamente en du F.J. 4º declara: “Ciertamente, contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito.

La explicación que el Alto Tribunal ofrece a esta peculiar situación, la sintetiza en la siguiente máxima: “La validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su condición”<sup>343</sup>. Y tales condiciones externas y objetivas no son otras que el respeto de las garantías procesales de toda persona detenida o procesada, que se resumen en el cumplimiento de informar al detenido de las advertencias legales, la información de sus derechos y la necesaria presencia de un abogado que le asista.

Como se deduce de la doctrina expuesta, lo cierto es que el TC ha centrado sus esfuerzos en estudiar la correlación que existe entre la espontaneidad de la declaración confesoria –prestada ya en sede judicial y no obtenida de una escucha telefónica- y el contexto de respeto a las garantías procesales y constitucionales<sup>344</sup>, a fin de poder determinar si se han producido irregularidades en la declaración y si éstas pueden o no afectar a la licitud de la prueba obtenida con la confesión.

Dicha interesante y compleja cuestión, y más concretamente el estudio de la doctrina constitucional sobre la conexión de antijuricidad y los supuestos de nulidad por transgresión del derecho del secreto de las comunicaciones, serán objeto de análisis en el capítulo V relativo a

---

<sup>343</sup> Lo cierto es que dicha máxima se ha convertido en una constante del TC, y así la han recogido también las SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, ya comentada; la STC 126/2000, de 16 de mayo y Pleno STC 184/2003, de 23 de noviembre.

<sup>344</sup> Como es lógico, dentro de esta correlación entre la declaración confesoria y el contexto del respeto de las garantías que deben observarse, tendrá especial trascendencia la conexión entre el momento de la declaración, con las posibles irregularidades procesales que se hubieren podido producir en el momento de recibir declaración al imputado o detenido, y las evidencias o pruebas con que el declarante se enfrenta.

las consecuencias jurídicas de la ilicitud de la injerencia en el referido derecho fundamental.

Ahora bien, antes de finalizar el presente apartado resulta imprescindible hacer referencia a las más destacadas resoluciones dictadas por el TEDH sobre esta materia.

La recepción de la jurisprudencia de Estrasburgo por nuestros Tribunales es desigual y el propio Tribunal Constitucional, aunque ha utilizado en muchas ocasiones -justo es decirlo- los cánones de dicha jurisprudencia, no siempre sigue sus dictados, *stricto sensu*.

Es reiterada jurisprudencia del TEDH según la cual la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo entran en el campo de aplicación del art. 8 del CEDH, tanto en lo referente al respeto a la vida privada como de la correspondencia. A partir de dicha premisa son reputadas ilegales las escuchas realizadas mediante la colocación de aparatos de escucha ocultos por no existir una previsión legal en el Ordenamiento Jurídico del sujeto afectado/recurrente.

Así entre muchas otras, la STEDH de 25.11.2003 (JUR 2004/73132), en el asunto Lewis contra el Reino Unido, que tiene por objeto la denuncia de un ciudadano británico por el uso de un aparato de vigilancia encubierta por la Policía para grabar conversaciones en su casa, declaró que efectivamente se había producido una injerencia en el respeto a la vida privada (art. 8 CEDH) del recurrente toda vez que en el

momento de los hechos no existía un sistema legal que regulara el uso de aparatos de grabación encubiertos por la Policía<sup>345</sup>.

En parecidos términos se pronunció en su sentencia de 31.05.2005 (TEDH 2005/59) en el asunto Vetter contra Francia, en el que se llevó a cabo la sonorización del apartamento de una persona al que la policía sabía que otra persona debía acudir, en el marco de una investigación por homicidio. El Alto Tribunal declaró que el Derecho francés no determinaba con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de la facultad de adoptar medidas de vigilancia como es una intervención telefónica<sup>346</sup>.

El TEDH ha aplicado también esta jurisprudencia en el caso de personas bajo vigilancia mientras se encontraban en el lugar de detención. Lo ha hecho así, por ejemplo, en caso de utilización de aparatos de escucha en una celda de una comisaría de policía

---

<sup>345</sup> Dicha fundamentación fue la misma que la aplicada en el asunto Khan contra el Reino Unido (TEDH 2000/132) en el que se investigaba a una persona sospechosa de tráfico de estupefacientes. El Tribunal recuerda, al igual que la Comisión en el caso Govell (ap. 61 y 62), que la frase «prevista por la Ley» no sólo exige el cumplimiento de la Ley interna sino que también hace referencia a la calidad de dicha Ley, requiriendo que sea compatible con la norma jurídica (ver Sentencia Halford contra Reino Unido TEDH, TEDH 1997/37). En el contexto de la vigilancia encubierta por parte de las autoridades públicas, en este caso de la policía, el derecho interno debe proteger contra la injerencia arbitraria en el derecho individual en virtud del artículo 8. Asimismo, según el Alto Tribunal, la Ley debe ser lo suficientemente clara en sus términos como para indicar de forma adecuada las circunstancias y condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a recurrir a dichas medidas encubiertas (caso Malone contra Reino Unido [TEDH 1984, 1], núm.8691/1979, ap.67, CEDH 1984).

<sup>346</sup> El Tribunal precisó que el art. 100 y ss. de la L.E.Crim. sobre el secreto de las correspondencias emitidas por la vía de las comunicaciones electrónicas no contienen ninguna referencia a la «sonorización», que su texto, así como el título que les precede, indican que se limitan a regir las «interceptaciones de correspondencias emitidas por la vía de las telecomunicaciones» así como en otra Circular general del año 1991, por lo que estimó sorprendente que el Tribunal de casación concluyese que la «sonorización» de un apartamento pueda tener su fundamento legal en las referidas disposiciones.

(Sentencia P. G. y J. H. [TEDH 2001, 552]<sup>347</sup>, de realización de una película en la sala de arresto provisional de una comisaría (Sentencia Perry [TEDH 2003, 46], del establecimiento de un dispositivo de vigilancia de audio y vídeo colocado en la celda de un detenido en prisión y en la zona de visita de ésta (Sentencia Allan [TEDH 2002, 64], de la grabación y conservación de conversaciones telefónicas de un prisionero por las autoridades penitenciarias, utilizadas posteriormente como elemento de prueba para condenarle por otro delito (Sentencia Doerga contra Países Bajos, núm. 50210/1999, 27 abril 2004 [TEDH 2004, 33], y de la puesta bajo vigilancia permanente de vídeo de un detenido por un período de dos semanas (Sentencia Van derecho Graaf contra Países Bajos [dec], núm. 8704/2003, 1 junio 2004).

---

<sup>347</sup> En el marco de una investigación por intento de robo, se colocó un aparato de escucha en el apartamento de uno de los sospechosos. Las conversaciones se grabaron durante varios días hasta que descubrieron el aparato y abandonaron el piso. El robo no se llevó a cabo, sin embargo la policía había seguido vigilando el lugar, había sacado fotos y video mientras se llevaba a cabo la vigilancia auditiva. Los demandantes fueron identificados por varios agentes de policía cuando entraban y salían del piso y observaron que en ocasiones llevaban varios bolsos de viaje. Los demandantes fueron detenidos cuando se hallaban en el interior de un coche robado y les fueron incautados varios bolsos con pasamontañas, monos de trabajo, etc.

Puesto que querían obtener muestras de voz para comparar con las grabaciones, la policía pidió autorización para instalar aparatos de escucha ocultos en las celdas usadas por los demandantes y para que los agentes de policía encargados de comunicarles sus acusaciones y de tomarles sus datos y antecedentes llevaran también aparatos de escucha oculto. El Jefe de Policía concedió autorización y se grabaron muestras de voz de los demandantes sin su conocimiento o permiso. Las muestras de voz de los demandantes fueron analizadas por un Perito, el cual declaró que era muy probable que sus voces aparecieran en las grabaciones iniciales. Los demandantes fueron acusados de conspiración por robar dinero a una empresa de seguridad y el Tribunal de apelación admitió las pruebas a pesar de admitir que se habían obtenido por medios ilegales (con violación de la intimidad).

Tras el recurso de los demandantes (invocaban, entre otras, la infracción del art. 8 del CEDH), el TEDH concluyó, tras el análisis de su doctrina invocada por los recurrentes, que la grabación de las voces de los demandantes mientras estaban siendo interrogados y mientras permanecieron retenidos en la celda de la comisaría supone una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada según el sentido del artículo 8.1 del Convenio.

Respecto de las violaciones denunciadas dentro del ámbito penitenciario, especialmente interesante es el razonamiento aplicado por el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia de 20.12.2005 (TEDH 2005/137) en el asunto Wisse contra Francia.

Los demandantes, sometidos a prisión preventiva, consideraban que la grabación de conversaciones que mantuvieron con sus allegados en los locutorios de las prisiones constituye una injerencia en su derecho al respeto a la vida privada y familiar, que no está prevista en la Ley y consecuente violación del art. 8 del CEDH.

Los Tribunales internos así como el Gobierno estimaron que desde el momento en que las conversaciones mantenidas en los locutorios están sometidas en todo caso a vigilancia, es con todo conocimiento de causa que los acusados y sus visitantes las intercambiaban sin que ello supusiera injerencia alguna en su vida privada. Por contra, el TEDH no comparte dicho criterio y sostiene que no hay motivo alguno para apartarse de la doctrina consolidada en esta materia. El Alto Tribunal entiende que si la escucha por la Administración penitenciaria de las conversaciones mantenidas en el locutorio se efectúa por un afán de seguridad de la prisión preventiva, perfectamente legítimo, la grabación sistemática de éstas con otros fines niega a la función del locutorio su única razón de ser, la de mantener una “vida privada” del detenido -relativa- que engloba la intimidad de las conversaciones mantenidas con sus familiares. Lo cierto es que significó un gran avance para el respeto de los derechos de los presos al sostener que las conversaciones que se mantienen en el locutorio de una prisión pueden incluirse en las nociones de «vida privada» y de «correspondencia», por lo que concluyó que la grabación de las

conversaciones mantenidas en el locutorio y su posterior utilización se consideraba una injerencia en su vida privada.

Seguidamente analizaremos una de las limitaciones a las facultades del Juez de Instrucción, cual es la imposibilidad de ordenar la intervención de las comunicaciones telefónicas entre el imputado y su Abogado defensor.

### **3) Efectos de la intervención de las comunicaciones del imputado con su Abogado defensor**

Ante todo procede tener presente que el derecho a la asistencia y defensa letrada se traduce en la facultad para su titular de mantener con el defensor comunicación reservada. En efecto, el desarrollo de estos contactos posibilita el intercambio mutuo de información de los que ambos precisan para orientar desde el inicio la estrategia defensiva.

Dicha necesidad de asesoramiento por parte del imputado encuentra su reflejo directo en las exigencias del propio C.E.D.H. (art. 6. 3, apartado c) conforme al cual debe garantizarse al inculpado todas las facilidades y tiempo necesarias para preparar su defensa. Así, el derecho a comunicar en secreto con el Abogado defensor es uno de los principales modos de dotar de eficacia práctica a dicha garantía, al cual tiene derecho el inculpado con independencia de si se halla o no privado de libertad<sup>348</sup>.

---

<sup>348</sup> Hay un pronunciamiento especialmente significativo cual es la STEDH de 21.02.1975, asunto Golder, toda vez que consolidó la doctrina en el sentido de



El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones personales como el más elemental de los derechos del imputado se halla consagrado en los principales Textos Jurídicos de ámbito supranacional. Así lo declara el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.3 b) que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho en plena igualdad (...) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” así como los apartados b) y c) del art. 6.3 del C.E.D.H. que reconocen al acusado la facultad de disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para prepararla y designar libremente un Letrado, y si no tiene medios para pagarlo, la de ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio.

---

reconocer explícitamente al inculcado el derecho al respeto a la libertad y secreto de sus comunicaciones en prisión.

Entre los fallos más recientes, encontramos la sentencia de fecha 13.03.2007 (TEDH 2007/17), en el que la Corte europea tuvo que decidir si el demandante recibió la asistencia efectiva de su abogado en la medida suficiente conforme a lo dispuesto en los arts. 5 y 6 del Convenio.

El demandante se quejaba esencialmente de que debido a la partición de vidrio en la sala de conferencias abogado-cliente no podía celebrar con su abogado reuniones sobre asuntos relacionados con el proceso relativo a su derecho a la libertad. El Tribunal tras la cita de su línea jurisprudencial relativa a que debe preservarse la confidencialidad de la información intercambiada entre Abogado y cliente (entre muchas otras caso *Campbell versus Reino Unido*, de 25.03.1992), argumentó que una injerencia en el privilegio abogado-cliente, y por ende, en el derecho del detenido a la defensa, no exige necesariamente que tenga lugar una interceptación real o una escucha subrepticia, declarando que: “Una creencia genuina, basada en indicios razonables de que su conversación está siendo escuchada, puede ser suficiente, desde el punto de vista del Tribunal, para limitar la efectividad de la asistencia que el abogado pueda proporcionar. Tal creencia inhibiría inevitablemente la libertad de discusión entre el abogado y el cliente, y vulneraría el derecho del detenido a rebatir de forma efectiva la legalidad de su detención”.

Aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado, el Tribunal estimó que el temor del demandante de ausencia de confidencialidad en sus conversaciones era real, y de hecho puso de manifiesto que dicha falta de privacidad en las comunicaciones entre Abogado y cliente en el centro de detención era una cuestión preocupante manifestada ya en reiteradas ocasiones por la Asociación del Colegio de Abogados de Moldavia. Finalmente, el Tribunal también constató que la labor del Abogado era muy complicada toda vez que la mampara de vidrio que le separaba de su cliente no le permitía el intercambio de documentos.

Que la garantía que proclama el art. 6.3 b) del C.E.D.H.<sup>349</sup> ofrece base bastante para entender consagrado el derecho del inculpado a comunicar libre y privadamente con su Abogado defensor no admite dudas por haberle declarado en numerosas ocasiones el T.E.D.H.<sup>350</sup>.

Al mismo tiempo también resulta evidente que para la efectividad de dicho derecho, es esencial que su titular pueda mantener privadamente comunicación con quien ha de prestarle asistencia<sup>351</sup>.

Una vez comentada la normativa de reconocimiento del derecho en el C.E.D.H. y en la jurisprudencia de su Tribunal, procede centrarnos en la situación actual en nuestro ordenamiento jurídico en lo que a las comunicaciones personales entre cliente y Letrado se refiere<sup>352</sup>.

---

<sup>349</sup> Dicho precepto debe ponerse en conexión con el art. 8 del mismo Texto Legal, el cual garantiza en términos muy semejantes al art. 18 C.E., el derecho al respeto a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, mediante la proscripción de toda injerencia de la autoridad pública en su ejercicio, salvo en el supuesto que concurran las excepcionales circunstancias que expresa el segundo de sus apartados.

<sup>350</sup> Así lo ha sostenido en su sentencia de 28.11.1991 conocida como el asunto *S. vs Suiza*, en la cual declaró que a todo inculpado “debe ser reconocida la oportunidad de organizar su defensa en la justa dirección y sin menoscabo alguna de sus posibilidades de poner de manifiesto cuantos argumentos entienda relevantes al éxito de su defensa, tengan ya su origen dentro o fuera del procedimiento”.

<sup>351</sup> En su sentencia de 15.11.1996, caso *Domenichini*, el Alto Tribunal declaró: “es de interés público que la persona que desea consultar a un abogado o precisa del asesoramiento del letrado, pueda hacerlo en condiciones propicias para una plena y libre discusión”. Dicha preocupación del Tribunal por asegurar la protección del secreto de la relación profesional que les une, también la ha mantenido en sus sentencias de 25.06.1997, caso *Halford* y de 25.03.1998, asunto *Koop*, entre muchas otras.

<sup>352</sup> Vaya ya por delante que a diferencia de lo que sucede en otros países, nuestra L.E.Crim. no concede a la figura del “defensor” un tratamiento individualizado, ni incluye concretas disposiciones tendentes a asegurar el perfecto desarrollo de su labor de defensa jurídica.

Lo cierto es que la intervención en el desarrollo de las comunicaciones del imputado ha de dirigirse y puede servir a la obtención de datos útiles a la investigación, pero no lo es menos que determinados conocimientos no pueden configurar tales pruebas sobre las que fundamentar la sentencia, siquiera a partir de una declaración testifical, como sucede con la información que obtiene el Letrado en el ejercicio de su actividad de defensa jurídica. La propia Ley procesal (art. 416.2 L.E.Crim.) exime al Abogado de la obligación de prestar testimonio acerca de lo conocido en el ejercicio de su profesión y al mismo tiempo el Código Penal en su art. 199 castiga “al que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales”, de tal modo que el secreto profesional se configura como un derecho-deber de guardar secreto.

En el caso de que el inculcado haya intervenido en la comisión del hecho delictivo, es lógico y natural que decida comunicarlo a su Abogado defensor, haciéndole participe de todos los detalles o datos que le incriminen para preparar la mejor defensa posible. El Abogado se convierte así en el depositario de las más íntimas confidencias de su cliente, toda vez que éste tiene la convicción que todo aquello que le revele a su letrado será estrictamente confidencial.

Así pues, el secreto profesional que rige las relaciones Abogado-cliente no se configura tan sólo como un privilegio del primero sino también como una garantía del cliente imputado en el marco del proceso penal, y ello es esencial para el éxito de la estrategia a seguir - evidentemente de albergar cualquier sospecha el inculcado de que sus confesiones pudieran salir de dicha esfera y que llegaran a

conocimiento del Juez o de la acusación, no informaría del mismo modo a su Abogado-.

Dicha garantía de defensa del imputado que tiene su equivalente en el derecho al secreto profesional de su abogado defensor se convierte en una auténtica limitación en lo que respecta a las facultades del Juez instructor en su deber de averiguación de delitos que se traduce en la prohibición de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas mantenidas entre el defensor y su defendido, y en consecuencia, la imposibilidad de acordar la intervención de las líneas telefónicas de su despacho profesional e incluso de su domicilio. En definitiva, dicha garantía implica la imposibilidad de acordar el levantamiento del secreto a partir de medidas de control sobre el contenido de las comunicaciones mantenidas por razón de defensa.

Para ILLUMINATI <sup>353</sup> la imposibilidad por parte del órgano jurisdiccional de acceder al contenido de la comunicación, y así de levantar el secreto que ha de presidir la relación de cliente-defensor, con lo que ello conlleva de renuncia a un medio de investigación, es el coste que corresponde a la previsión de medidas de este tipo en un Estado de Derecho.

Ahora bien, en el caso de que ya no intencionadamente sino debido a la gran dificultad técnica de evitarla, llegara a tener lugar la intervención de la comunicación imputado-defensor, esa garantía que representa el considerar prohibido su control ha de traducirse en una prohibición de valoración de los conocimientos adquiridos a partir de la

---

<sup>353</sup> ILLUMINATI, Giulio: *La disciplina processuale delle intercettazioni*, A. Giuffrè, Milano, 1983, págs. 83 a 87.

misma, así como en su imposible utilización contra el defendido, conforme un amplio sector de la doctrina.

Así lo sostiene LÓPEZ-FRAGOSO<sup>354</sup>, según el cual el secreto profesional de defensa jurídica se presenta como uno de los posibles límites de las medidas de intervención telefónicas pero no por efecto directo del secreto formal del art. 18.3 de la C.E. sino derivado del art. 24.2 de la C.E. y de sus normas de desarrollo (arts. 437.2 L.O.P.J. y arts. 263 y 416.2 de la L.E.Crim.). Es por ello por lo que entiende que no podrán intervenir los teléfonos de los abogados salvo cuando sean éstos los imputados<sup>355</sup>, pero a pesar de tal prohibición es fácil pensar en la problemática que presenta que el abogado imputado utilice un teléfono legítimamente intervenido para tratar de otros asuntos profesionales de los que ha asumido la defensa jurídica. En tal caso, LÓPEZ-FRAGOSO es de la opinión que no podrá utilizarse la información obtenida y va más allá al afirmar que incluso debería ser destruida.

---

<sup>354</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. págs. 50 a 62 y el mismo autor en “El régimen jurídico de las intervenciones telefónicas en el proceso penal español”, en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, coordinador ROMEO CASABONA, Carlos Maria, Granada, 1997, págs. 141 y 142. Prácticamente en idénticos términos se pronuncia FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo: “El levantamiento del secreto de las conversaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993, pág. 27, al declarar que: “el secreto telefónico se corporeiza en tanto límite de las intervenciones telefónicas, no por efecto inmediato del secreto formal consagrado en el art. 18.3 CE, sino derivado de las garantías procesales del art. 24.2 CE desarrolladas en normas de Derecho positivo tales como la LOPJm la LECrim y el Estatuto General de la Abogacía”.

<sup>355</sup> Este criterio es también el mantenido por RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Intervenciones telefónicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal*, 1992, el cual advierte de la posible concurrencia de un límite material, esto es, el secreto profesional “no siendo por ello lícito intervenir el teléfono del abogado del sospechoso, salvo en los supuestos en los que deba ser considerado imputado como autor principal o partícipe (arts. 360 Código Penal, 8, 41, 42, 45 del Estatuto General de la Abogacía; 263 y 416.2 LECrim y 437.2 LOPJ).

Del mismo parecer es ASECIO MELLADO<sup>356</sup>, para quien el material resultante de una interceptación casual de comunicaciones entre el Abogado y su defendido ha de ser inmediatamente separado de las actuaciones y desaparecer físicamente.

Asimismo MARTÍN MORALES<sup>357</sup> sostiene que en las ocasiones, que por motivos técnicos, no sea posible impedir la obtención de conocimientos protegidos por el secreto profesional, la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, se traduce en una prohibición de utilización de tales conocimientos.

No podría estar más de acuerdo con LÓPEZ YAGÜES<sup>358</sup> respecto a la interpretación que la misma realiza del secreto profesional en el

---

<sup>356</sup> ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob.cit, pág. 107. Dicho autor también apunta como temas prohibidos de investigación las conversaciones entre esposos, familiares, médicos, abogado, etc., opinando que en tales casos, una vez identificado el comunicante, debería interrumpirse la captación y no ser aprehendida. Resulta muy interesante el análisis que realiza dicho autor sobre el valor probatorio de la confesión del imputado como medio de prueba en el proceso penal. Según el mismo la confesión puede ser considerada como un medio de prueba, apreciable como todos, conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que los requisitos establecidos por el art. 406 de la LECrim. -básicamente impone para la apreciación de la confesión su confirmación por otros extremos- han de interpretarse en el sentido de forzar a toda autoridad interviniente en el proceso penal a una actividad tendente a la búsqueda de otra prueba sin que sea posible limitar la investigación a la sola obtención de la confesión.

<sup>357</sup> MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob. cit. pág. 104 y ss. Dicho autor examina otros supuestos como la posibilidad o no de intervenir las comunicaciones en que alguno de los interlocutores tenga el derecho a no declarar por razón del parentesco (arts. 416.1 y 418 de la L.E.Crim. en relación con el art. 24.2 C.E.). Esta cuestión también es tratada por LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 63 y ss., el cual matiza un aspecto importante en el sentido de que si es bien es posible la utilización de los conocimientos adquiridos de familiares del imputado, éstos pueden ampararse en la dispensa de la obligación de testificar frente a sus parientes al amparo de lo dispuesto legalmente y en la protección constitucional del art. 18.1 C.E..

<sup>358</sup> LÓPEZ YAGÜES, Monica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, ob.cit. págs. 199 y ss. Según dicha autora carece absolutamente de legitimidad la intervención de las comunicaciones que el defensor celebra con su

sentido de que si se presume que aquél tutela las comunicaciones –ya sean telefónicas o postales- de las que el Abogado se sirve para el ejercicio de su profesión, y concretamente para lograr una exitosa defensa, no resulta admisible un acuerdo sobre las referidas comunicaciones a los fines de averiguación del delito previstos en el art. 579 de la L.E.Crim.. Sin embargo, si aún y con ello, se produjese una situación tal, la información obtenida no podría ser utilizada en modo alguno en el proceso.

Dicha autora critica la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que sucede en otros países como por ejemplo en Alemania, de previsión expresa que prevea como excepción al régimen general de posibles injerencias en el desarrollo de las comunicaciones personales al servicio de los fines investigadores, aquellas en las que participa el Abogado en funciones de defensa jurídica.

En este sentido si atendemos a lo dispuesto en el art. 579 de la L.E.Crim., sorprende cuando menos, la posibilidad de intervenir “las comunicaciones del procesado” así como “de aquellas de las que éste se sirva (...) para la realización de sus fines delictivos”. Tal redacción es la que permite la posibilidad de acordar legítimamente dicha medida sobre sujetos relacionados de algún modo con el sujeto pasivo de la medida. A mi modo de ver, dicha posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación subjetiva resulta inadmisibles si tiene por objeto el control o intervención de las comunicaciones que tienen lugar entre su cliente y letrado, por

---

cliente, o con personas distintas, en busca de datos incriminatorios en contra de su defendido.

cuanto se debe estar al respeto de la inviolabilidad de la más elemental de las garantías procesales, cual es la defensa.

De todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que el acuerdo y aplicación de la medida de injerencia de los contactos mantenidos entre el cliente y su defensor ha de entenderse ilegítima desde el punto de vista constitucional por necesidad de preservar la garantía de defensa, y en consecuencia, todo dato obtenido como resultado de ello constituye una fuente de prueba ilícitamente obtenida y por ende, carente de eficacia probatoria.

Además la vulneración del derecho fundamental de defensa impide la conversión del conocimiento adquirido en auténticas pruebas para su incorporación a juicio y en consecuencia, su posterior valoración por el órgano jurisdiccional a la hora de fundamentar la sentencia.

Ahora bien, llegados a este punto procede plantearse si la expresada excepción a la posibilidad de intervenir las comunicaciones habidas por razón de la defensa, ha de operar de forma absoluta o puede admitirse en algún caso su excepción.

### **3.1) Sobre la posibilidad de excepcionar la inviolabilidad de las comunicaciones con Abogados**

Sin duda se trata de una cuestión muy controvertida debido en gran medida a la deficiente regulación en la norma procesal penal de la materia relativa a la intervención de las comunicaciones personales con



fines de averiguación, y especialmente por la ausencia en la L.E.Crim. de una concreta regla de exclusión de determinadas actividades de búsqueda de elementos probatorios que afecta a las comunicaciones en las que interviene el Abogado defensor.

Partir de la ilegitimidad de toda medida de control de las comunicaciones del Abogado habidas por razón de su ejercicio profesional obliga partir de una premisa: de la presunción de que la actuación del Letrado es siempre lícita en el marco del ejercicio de su actividad profesional, estando libre de cualquier sospecha en la participación o comisión de un hecho delictivo.

Lo cierto es que de reconocer al Abogado defensor dicha “inmunidad”, el legislador se enfrenta al riesgo de establecer un privilegio desmesurado que proporcione a dicho profesional una absoluta protección frente a toda clase de injerencia de modo que se podría llegar a situaciones merecedoras de sanción (piénsese por ejemplo en que un despacho profesional podría convertirse en un paradigma de delincuencia).

Cabe tener en consideración que en nuestro país han empezado a plantearse casos muy interesantes a raíz de la entrada en vigor de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2005/60, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Dicha directiva impone obligaciones relativas a la notificación de operaciones sospechosas en la lucha contra la delincuencia organizada a todos los Estados de la UE. El endurecimiento de los controles financieros ha llevado a que notarios y

profesionales jurídicos independientes tengan que estar sujetos a la directiva cuando participen en operaciones financieras o empresariales o de asesoramiento fiscal, en las que existan transacciones sospechosas de servir a fines de blanqueo.

Concretamente respecto a los abogados, la directiva dispone que cuando están representando a sus clientes en acciones judiciales sería “improcedente imponerles la obligación de notificar sospechas de blanqueo de capitales”. Sin embargo se prevé una excepción “el asesoramiento jurídico sigue estando sujeto a la obligación de secreto profesional, salvo en caso de que el asesor letrado esté implicado en actividades de blanqueo de capitales, que la finalidad del asesoramiento jurídico sea el blanqueo de capitales, o que el abogado sepa que el cliente busca el asesoramiento jurídico para el blanqueo de capitales”. Es decir, las comunicaciones cliente-abogado no están amparadas por el secreto cuando un juez ordena su intervención, pero además la intervención está amparada por la normativa europea cuando se sospecha que la asistencia letrada al detenido o preso se utiliza para hacer desaparecer dinero procedente de la corrupción.

De todo ello, cabe presuponer que cada vez serán más habituales situaciones como la acaecida en el conocido caso Gürtel, en la que el Juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, autorizó, a instancias de los Fiscales anticorrupción amparándose en la comentada directiva europea, la intervención de las comunicaciones entre los primeros detenidos por dicha trama con sus abogados defensores precisamente para evitar que los letrados pudieran evitar dar al traste con las investigaciones, y efectivamente como consecuencia de las primeras escuchas interceptadas fueron imputados también los abogados del

supuesto líder de la trama Francisco Correa y del ex secretario de organización del PP, Pablo Crespo.

No obstante, continúa siendo una materia delicada ya que como es bien sabido el Juez Baltasar Garzón ha sido imputado precisamente por haber ordenado la intervención de las comunicaciones entre varios presos preventivos del caso "Gürtel" y sus letrados. El Auto del T.S., 2a, de 02.02.2010 (RJ 2010/1413) por el que se admite a trámite la querrela contra el citado Magistrado por los presuntos delitos de prevaricación y contra las garantías de la intimidad fundamenta su decisión en que las escuchas se autorizaron en base al art. 51.2 de la L.G.P. que exige que se trate de casos de terrorismo, cuando el caso no lo era<sup>359</sup>.

Retomando el criterio del T.E.D.H. sobre esta cuestión, es de destacar la sentencia de fecha 25 de marzo de 1998, asunto KOPP contra Suiza en el que se controló la línea telefónica del despacho profesional del Letrado Sr. Kopp<sup>360</sup>. Concretamente se trataba de

---

<sup>359</sup> Sobre este particular el Auto matiza que la doctrina jurisprudencial del T.S. es clara al exigir como requisitos acumulativos para la restricción del derecho a las comunicaciones de los presos con sus Abogados que sea autorizada judicialmente y que se trate de un supuesto de terrorismo. El razonamiento fáctico del Magistrado-Juez Baltasar Garzón para ordenar la intervención fue el siguiente:

"...dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como "enlace" de los tres mencionados (los presos preventivos) con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención que aquellos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella" .

<sup>360</sup> La investigación se inició a raíz de la información facilitada por un confidente anónimo según el cual el Abogado Sr. Kopp había recibido dinero a cambio de ciertos documentos confidenciales pertenecientes a la Oficina Federal de la Policía. A consecuencia de ello, el Fiscal General abrió una investigación para identificar a la

discernir cuándo la privilegiada tutela que se concede a las comunicaciones de un Abogado ampara o no actuaciones específicas de la profesión, y en concreto debía resolver sobre si el Letrado reclamante había sufrido o no una intromisión en la esfera de su derecho a comunicar de forma libre y secreta.

El propio Tribunal<sup>361</sup> constató que el ordenamiento jurídico suizo, como muy pocos, contiene una expresa prohibición de vigilancia de las líneas de teléfono de un Abogado, cuando el mismo no resulte sospechoso de la comisión de un delito. Sin embargo, tal y como apunta el TEDH el problema radica en que no existe una indicación “con suficiente claridad, del modo y sujetos legitimados para seleccionar

---

persona que podía haber filtrado tales documentos y ordenó la intervención de todas las líneas telefónicas del Sr. Kopp, incluida la de su despacho profesional. Ahora bien, esta medida se suspendió casi inmediatamente al darse cuenta de que las sospechas eran infundadas. Informado el Sr. Kopp de tales actuaciones y de las conversaciones grabadas relativas a su actividad profesional, alegó la vulneración del art. 8 del C.E.D.H.

El T.E.D.H. concluyó que la intervención de los teléfonos supuso una intromisión de la autoridad pública en el derecho al respeto de la vida privada y la correspondencia del Sr. Kopp, y que el no uso de las conversaciones grabadas no eximía de violación de tal derecho.

<sup>361</sup> Veáanse los núms. 67 a 69 de la resolución emitida por el TEDH en dicho asunto. En efecto el Alto Tribunal constató que el establecimiento de escuchas telefónicas en el marco de procedimientos llevados a cabo por las autoridades federales es objeto de una regulación completa y detallada. Así el art. 66.1 bis del Código Procesal Suizo prevé “que se podrá vigilar igualmente a terceros si hechos concretos hacen presumir que reciben o transmiten informaciones que están destinadas al inculpado o al sospechoso o provienen de él. Se exceptúan las personas que, en virtud, del artículo 77, puedan negarse a testificar”. Por su parte, el art. 77 del mismo Texto Legal dispone que: “los abogados (...) no podrán ser obligados a testificar sobre los secretos a ellos confiados en razón de (...) su profesión”.

A pesar de que en principio la normativa parece clara, esto es, se prohíbe la vigilancia de las líneas telefónicas de un abogado cuando éste no sea sospechoso o inculpado, el Tribunal se percató de una contradicción entre el Texto Legislativo y la práctica seguida en el presente caso.

En definitiva, el Derecho suizo no indica con suficiente claridad la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en esta materia y por ello concluyó que el Sr. Kopp, en su condición de Abogado, no había gozado del mínimo de protección requerido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática.

entre lo referido específicamente a la función de Abogado y aquello que, por el contrario, se refiere a una actividad que no lo es” (párrafo 73 de la sentencia).

En definitiva, del razonamiento de la sentencia se deduce que lo realmente importante para poder afirmar la legitimidad de la injerencia es especificar los criterios que delimiten aquello que debe entenderse cubierto por el secreto o bien a *sensu contrario* aquello que no merece tal protección, y a falta de tales indicaciones, debe entenderse que la inviolabilidad viene referida a la totalidad de las comunicaciones mantenidas por el Abogado con sus clientes.

Sin embargo, tal y como apuntamos en el apartado anterior, la situación cambia por completo cuando el Letrado tiene la condición de imputado de un determinado delito, ya que en tal caso sí que podríamos hablar del acuerdo legítimo de intervención de sus comunicaciones<sup>362</sup>, si bien atendido que está en juego el derecho fundamental de defensa, se hace necesaria una modificación de la normativa existente, que guarda absoluto silencio sobre este particular.

La verdad es que la norma procesal debería prever ciertas cautelas o garantías en tal caso, como por ejemplo el refuerzo de la exigencia de indicios de criminalidad en la conducta que se le imputara al Abogado a fin de preservar los intereses de defensa que pudieran verse perjudicados y al mismo tiempo exigir una amplia y detallada motivación de la resolución que acordara la intromisión del derecho a la comunicación, con especificación de las circunstancias que hacen

---

<sup>362</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. pág. 52.

necesario el levantamiento del secreto, en aras a la averiguación y persecución del delito.

La solución ofrecida por otros ordenamientos jurídicos, podría servir para determinar el alcance de la que ha de entenderse como excepción a la regla general de inviolabilidad de las comunicaciones habidas por el Letrado.

### **3.2) Tratamientos del control de las comunicaciones entre el Abogado defensor y el cliente en otros Ordenamientos Jurídicos**

De un análisis de Derecho Comparado se llega rápidamente a la conclusión de que en países de nuestro entorno -Francia, Italia o Alemania- han tenido lugar importantes reformas procesales, a fin de ajustar en la medida de lo posible, la legislación interna a los postulados del T.E.D.H. en orden a la interpretación del Convenio de Roma. Ello contrasta con la inactividad del legislador procesal español que parece no preocuparle la regulación de una materia de enorme trascendencia, si bien dicho vacío legal se ha suplido en gran medida por la intensa actividad llevada a cabo no tan sólo a nivel jurisprudencial sino también en el seno doctrinal.

Seguidamente realizaremos un breve análisis de cuál es la situación de la limitación de la injerencia en las comunicaciones mantenidas entre Letrado y cliente existente en Francia, Italia y Alemania.

3.2.1) La regulación de esta materia en el Código procesal penal francés viene motivada en gran medida tras las deficiencias puestas de manifiesto por el T.E.D.H. que condenó al Estado francés en su sentencia de 24 de abril de 1990, en los asuntos KRUSLIN y HUVIG<sup>363</sup>.

La norma procesal francesa a los fines de investigación e instrucción criminal prevé la posibilidad de interceptación de las comunicaciones adoptadas por el órgano judicial y practicadas bajo su control siempre y cuando se esté ante la sospecha de comisión de delitos de cierta entidad (siempre que se trate de ilícitos que lleven aparejada una pena igual o superior a 10 años de prisión<sup>364</sup>) y las necesidades de la investigación así lo exijan.

---

<sup>363</sup> El T.E.D.H. falló en la misma resolución sobre ambos casos en base a unos idénticos fundamentos jurídicos. El Alto Tribunal declaró que atendido que las escuchas y demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada, dichas medidas deben fundarse en una “ley” de singular precisión. El T.E.D.H. argumentó que a pesar de las múltiples garantías que el Gobierno francés alegó que existían en el ordenamiento jurídico (enumeró hasta 17), lo cierto era que sólo algunas de ellas se establecían expresamente en el Código de Procedimiento Penal (en sus arts. 81, 151 y 152) y otras únicamente se deducían de fragmentos de diversas sentencias. Por tanto, concluyó que el sistema no proporcionaba la protección adecuada contra los posibles abusos ya que por ejemplo no se establecían cuestiones imprescindibles tales como qué sujetos podían ser sometidos a una intervención telefónica o qué delitos podían justificarla.

Es por ello por lo que se había vulnerado el derecho de los actores, ya que cuando sucedieron los hechos, la regulación existente era aún más deficiente.

<sup>364</sup> En este sentido, procede recordar que el legislador español nada prevé sobre la gravedad que debe revestir un hecho delictivo para entender proporcionada la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, habiendo sido por ello objeto de desarrollo jurisprudencial y de crítica a nivel doctrinal habiéndose insistido en la necesidad de una reforma legislativa que, al igual que sucede en otros ordenamientos europeos, sancione de manera expresa los casos en que por razón del delito se ha de reputar viable una medida tan grave como la restrictiva del derecho a la libre comunicación. Por ello, desde la doctrina se invoca que debe estarse al principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho imputado e intensidad de la injerencia, siendo lícita la suspensión del derecho únicamente cuando se corresponda a aquélla y al cumplimiento del fin perseguido. Así entre muchos otros se ha posicionado ASENSIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob.cit., págs. 107 a 109.

A pesar de que el Código Penal Francés no determina el ámbito de los posibles sujetos pasivos de las escuchas telefónicas, sí que por el contrario excluye expresamente del régimen general de intervención que el mismo establece, las comunicaciones en que intervenga el Abogado defensor ya sea desde su despacho profesional como de su domicilio (art. 100.7 CPPfr.). Este principio opera siempre a excepción, de si igual que sucede en nuestro país, existieran contra el Abogado indicios de participación en una infracción delictiva. En tal caso, se exige la observancia de unas garantías adicionales como es la previa información por el juez de su decisión al Decano del Colegio de Abogados a fin de evitar eventuales extralimitaciones de los órganos estatales en la decisión de la limitación.

3.2.2.) El legislador procesal italiano, a diferencia del español que guarda un absoluto silencio en esta materia, presta especial atención a la protección que ha de atorgarse a las comunicaciones entre el Abogado defensor y su cliente, exigiendo múltiples garantías a fin de conseguir una exitosa actividad de defensa.

La previsión de la imposibilidad de intervenir las comunicaciones entre los profesionales del Derecho con las personas a las que prestan su asistencia, se halla en el art. 103.5° del Código Procesal Italiano, el cual debe ponerse en relación con el art. 35.5° del mismo Texto Legal, que regula la imposibilidad de someter a escucha las conversaciones mantenidas por el imputado preso con su Abogado defensor.

El Código Procesal Italiano incluso va más allá al prever expresamente (art. 103.7) como sanción la imposibilidad de utilizar con



fines probatorios los resultados obtenidos de la práctica de las medidas arbitradas violentando las disposiciones contenidas en dicha norma<sup>365</sup>.

Asimismo el art. 271.2 del C.P.I. determina la imposibilidad de servirse de interceptaciones relativas a comunicaciones o conversaciones de los Abogados, cuando las mismas tengan por objeto hechos conocidos en el ejercicio de su profesión. Este precepto más bien parece hacer referencia a que la información que resulte carecerá de valor probatorio y no podrá ser utilizado en el juicio.

Dicha regulación según ILLUMINATI<sup>366</sup> debe interpretarse de modo que es legítima la interceptación de las comunicaciones privadas del sujeto pasivo del proceso, a excepción de las mantenidas con su Letrado defensor, así como de aquellas en las que participa este último con terceras personas para la búsqueda de datos que exoneren a su cliente, desapareciendo tal prohibición cuando el Letrado reúna la condición de imputado.

En Italia, se debatió ampliamente sobre si tal garantía de inviolabilidad de las comunicaciones ha de operar exclusivamente sobre aquellas comunicaciones mantenidas por el Letrado en el marco del proceso en el que desarrolla la actividad defensiva o, por el contrario, debe ser más amplia. Finalmente, se optó por considerar que lo más acertado era considerar que dicha inviolabilidad debía operar respecto de cualquier profesional de la Abogacía que haya asumido la defensa

---

<sup>365</sup> Concretamente el art. 107.3 del CPPit dispone que, salvo lo previsto en el art. 271.3 del mismo código, el resultado obtenido de inspecciones, pesquisas, secuestros, interceptación de conversaciones o comunicaciones, violentando las disposiciones de los números precedentes, no podrán ser utilizados.

<sup>366</sup> ILLUMINATI, Giulio: *La disciplina processuale delle intercettazioni telefoniche*, ob. cit. pág. 80.

del imputado, incluso, en un procedimiento distinto a aquél en cuyo seno sea decidida la diligencia de investigación<sup>367</sup>.

3.2.3) Especialmente interesante es el caso de Alemania<sup>368</sup>, país que cumple con la exigencia del C.E.D.H. de previsión legal de toda medida de injerencia en el desarrollo de las comunicaciones del ciudadano.

Su Constitución, concretamente el art. 13 de la Ley Fundamental de Bonn, fue objeto de una profunda reforma en lo que a la limitación del secreto de la correspondencia y las comunicaciones se refiere, motivada en gran medida para dar respuesta al fenómeno terrorista y a la criminalidad organizada.

La normativa germana permite la posibilidad de control de las telecomunicaciones a los fines de persecución del delito cuando se sospecha que se ha cometido alguno de los delitos contenidos en el art. 100 a) StPO. Incluso se permite acordar la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones de constatarse la mera tentativa de su comisión o preparación mediante acciones igualmente punibles (art. 100 b) StPO). A pesar de que la intervención de las comunicaciones telefónicas debe adoptarse como último recurso para el caso de que la investigación haya fracasado con otras medidas menos intensas, tal reforma ha sido percibida por un sector doctrinal<sup>369</sup> más como un

---

<sup>367</sup> LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, ob.cit. págs. 216 a 220, la cual realiza un profundo análisis sobre el alcance de la protección conferida al defensor.

<sup>368</sup> LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, ob.cit. págs. 184 a 194.

<sup>369</sup> LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor*, ob.cit págs. 374 y 375, cita a MARTÍN PALLÍN, José Antonio: *Escuchas telefónicas*, (Libro Homenaje a E. Ruiz Vadillo), el cual apunta que dicha

retroceso en cuanto a garantías procesales que un auténtico avance en la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, podría decirse que la gran novedad radica en la introducción en la norma procesal alemana de un nuevo precepto (art. 100 c StPO) que permitiría, ante la sospecha de comisión de cualquiera de los hechos delictivos enumerados en el art. 100 a StPO y de resultar infructuoso otro modo de investigación, la posible instalación y uso de cámaras de video y aparatos de escuchas, que a su vez podría dar lugar al control y grabación de conversaciones privadas<sup>370</sup>.

La norma procesal alemana prevé expresamente una clara prohibición de control de comunicaciones habidas entre el Abogado defensor y su cliente defendido (art. 148 StPO<sup>371</sup>). Dicha prohibición se traduce en el principio elemental de que al inculcado ha de permitírsele la comunicación oral y escrita con su abogado defensor, sin limitación, tanto si se halla privado de libertad.

---

reforma legislativa no ha escapado la crítica de ciertos organismos –como es el caso del Colegio de Abogados de Berlín– por entender que dicha nueva fórmula abre paso con demasiada permisibilidad a la posible injerencia en el secreto de las comunicaciones del sujeto pasivo. Hay que tener en consideración que la reforma legislativa también afecta a la posible injerencia en el domicilio del imputado o de sujetos distintos, para la colocación de micrófonos u otros medios técnicos que permitan la interceptación de las comunicaciones personales. En definitiva, la doctrina entendió dicha reforma como un retroceso en la liberalización del proceso penal alemán.

<sup>370</sup> Otro de los aspectos controvertidos de la reforma es la interpretación que pueda hacer el Juez para estimar o no la concurrencia de los presupuestos necesarios para autorizar la adopción de dichas técnicas, ya que se permite no tan sólo la intromisión en el domicilio del imputado sino también en el de un tercero, si se sospecha que en el mismo se puede encontrar al inculcado.

<sup>371</sup> Dicho precepto de la Ordenanza Procesal Alemana es del tenor literal siguiente:

1) El acusado, incluso si no está en libertad, se le permite la comunicación escrita y oral con los defensores.

La consecuencia que se desprende de la garantía de la libertad y el secreto de las comunicaciones del referido precepto es que deberá entenderse ilegítima cualquier injerencia en las comunicaciones entre estos sujetos, con independencia de que el Letrado actué o no como defensor del imputado, ya que la ley le exime de la obligación de prestar testimonio acerca de todos los conocimientos que posee por razón de su profesión (art. 53.1<sup>a</sup> StPO).

La excepción a dicha regla la encontramos en la posibilidad de intervenir tales comunicaciones entre imputado y defensor, tanto orales como escritas, cuando se esté ante la investigación de causas<sup>372</sup> que tengan por objeto ciertas conductas delictivas, básicamente las relacionadas con la actuación de grupos terroristas o de criminalidad organizada.

Además existen dos leyes especiales<sup>373</sup> en el ordenamiento alemán que permiten en el marco de delitos de terrorismo, la posibilidad de interrumpir temporalmente y de forma absoluta, la comunicación de las personas encarceladas con su Abogado defensor, lo que supone, sin duda alguna, una importantísima limitación del derecho de defensa del imputado, y convierte a legislación alemana en una de las más severas en todo la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo.

Los sistemas de tutela anteriormente comentados, podrían bien servir como referente al legislador español, que hasta la fecha, ha adoptado una actividad claramente pasiva en esta materia, por lo que

---

<sup>372</sup> Concretamente son las establecidas en el art. 129 StGB (Código Penal).

<sup>373</sup> Una de ellas es la “Ley de impedimento de contactos” y la otra se contiene en la Ley de Introducción de la Constitución.

bajo mi punto de vista, se hace necesaria una reforma sustancial de la regulación de la intervención de las comunicaciones personales en nuestra parca y oscura L.E.Crim. que pasa por una nueva Ley procesal.

#### **4) Grabación de las conversaciones propias en el ámbito civil**

Una vez analizada cuál es la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la grabación de las conversaciones propias en el marco de un proceso penal a fin de obtener como hemos podido comprobar, en la mayoría de los casos, la autoinculpación de alguno de los coimputados, seguidamente examinaremos qué sucede y cuál es el tratamiento jurídico de esa misma conducta en el ámbito civil.

##### **4.1) Tratamiento procesal en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil**

El análisis de la regulación en el ámbito civil nos servirá para interpretar mejor la norma procesal penal<sup>374</sup>.

---

<sup>374</sup> Respecto del régimen jurídico del uso de medios de grabación en el entorno laboral, son de especial interés las reflexiones que apunta RUBIO SÁNCHEZ, Francisco en su artículo “Validez procesal de la grabación de una conversación telefónica privada (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de enero de 2006 (AS 2006/928)”, *Repertorio Aranzadi Social* núm. 6/2006, Pamplona 2006, según el cual por regla general la utilización en el ámbito o entorno laboral de medios de control de imágenes o fonográficos plantea ciertos problemas respecto del derecho a la intimidad, estando permitidos exclusivamente por razones de seguridad, en los lugares de trabajo y con respecto a cuestiones estrictamente laborales, aunque cada día con mayor frecuencia se vienen utilizando sistemas de grabación. Tal y como señala dicho autor en estos supuestos entran en juego no sólo la intimidad del trabajador sino la del interlocutor que, desconociendo la existencia de mecanismos de grabación, puede estar facilitando datos o hechos de su esfera personal, con lo que entra en escena otro derecho fundamental cual es el secreto de las comunicaciones.

Concretamente la resolución comentada tiene por objeto discernir sobre la licitud o no de la prueba obtenida por un trabajador que graba subrepticamente una conversación privada con un compañero de trabajo, que ignora la existencia de dicha grabación y en consecuencia el posterior uso que se pudiere hacer de dicha cinta.

Pues bien, el T.S.J.Cataluña consideró que no se trataba de una prueba ilícita al no afectar a la intimidad de un tercero ni lesionar el derecho al secreto de las comunicaciones, debiendo admitirse su práctica en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 90.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Lo cierto es que cada vez son más frecuentes también los casos en que es aportada como medio de prueba en un procedimiento civil la cinta en que ha sido grabada una conversación telefónica con el fin de favorecer la pretensión de una de las partes.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, (en adelante L.E.C.) ha regulado en su art. 287<sup>375</sup> el problema de la obtención de las pruebas ilícitas y su tratamiento procesal. De tal forma que tal y como establece dicho precepto cuando alguna de las partes o el Juez de oficio entendiera que se han vulnerado derechos fundamentales en la obtención u origen de la prueba, “habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes”.

Cabe destacar que se trata de un trámite preclusivo, debiéndose alegar dicha cuestión en la audiencia previa en el procedimiento declarativo ordinario<sup>376</sup> y en el caso de juicio verbal, al comienzo de la vista, antes de que comience la práctica de la prueba.

---

<sup>375</sup> Este precepto se halla ubicado en la sección 2º del Capítulo 3º relativo a la obtención de la prueba y es del tenor literal siguiente:

“1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva”.

<sup>376</sup> Incluso de la jurisprudencia analizada se deduce que en el procedimiento ordinario se exige la puesta en conocimiento al Juez de la supuesta vulneración de un derecho fundamental en el primer momento procesal para ello como es en el trámite de contestación a la demanda sin esperar a ponerlo de manifiesto en el acto de audiencia previa. Así por ejemplo se pronunció la Sentencia del Juzgado Mercantil de Bizcaia de 20.03.2007 (AC 2007/1723) en su F.J. 1º al declarar que la demandada no

El hecho de que el legislador haya previsto que se discuta antes del inicio de la vista es lógico toda vez que la cuestión sobre la posible vulneración de un derecho fundamental es tratada como un incidente regido por el principio de contradicción, y por tanto, carecería de sentido que no se plantease dicha problemática antes de la práctica de la prueba, puesto que en tal caso se podría llegar a practicar una prueba ilícita. La norma procesal quiere evitar, de esa forma, que una prueba ilícita pueda formar parte del elenco de elementos probatorios que ha de ponderar el juez para alcanzar su convicción.

El incidente se resuelve por Auto (art. 206.2.2º L.E.C.) motivado (art. 208.2º L.E.C.) que se pronunciará oralmente en el acto del juicio o vista, consignándose en el acta el sentido de la resolución y sucintamente su fundamentación (art. 210.1 L.E.C.).

La declaración de ilicitud conduce a la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, no obstante la inicial admisión acordada en contemplación a su pertinencia y utilidad<sup>377</sup>.

---

denunció la ilicitud de la grabación de una conversación telefónica que un detective de la investigación privada había llevado a cabo en su escrito de contestación a la demanda, que sería la forma de cumplir el mandato de alegación inmediata que dispone el art. 287.1 de la L.E.C., sino que no lo hizo hasta el día del juicio. El Juzgado concluyó que no es posible que la prueba haya sido lícita durante todo el proceso y justo en el juicio, cuando la otra parte no puede realizar alegaciones ni proponer prueba para corroborarlas, transmute en ilícita, razón por la que sostuvo la eficacia probatoria de la grabación.

<sup>377</sup> Procede tener en consideración que a diferencia de la ilegalidad, la impertinencia y la inutilidad de las pruebas propuestas, que el Tribunal puede y debe apreciar por sí mismo en el trámite de su admisión sin audiencia de los litigantes sobre el particular (arts. 283 y 285 L.E.C.), la ilicitud de cualquiera de ellas tan sólo puede ser declarada en el juicio o vista por el tribunal después de oír a las partes y practicar las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto “sobre el concreto extremo de la referida ilicitud”.



Por consiguiente, ante la práctica de una prueba ilícitamente obtenida, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, antes de dictar sentencia y oyendo previamente a las partes, podrá declarar la nulidad de la prueba en cuestión y su erradicación del proceso, al amparo de los arts. 225.5º y art. 227.2 de la L.E.C. en relación con el art. 11.1 de la L.O.P.J.<sup>378</sup>.

Sin embargo, de la lectura del art. 287 de la L.E.C. no se desprende como viable la promoción del incidente o la intervención en él como parte de terceros no litigantes que pudieran haber visto vulnerados sus derechos fundamentales por la prueba ilícita. La tutela de sus derechos habría de encauzarse a través del planteamiento de oficio de la cuestión de ilicitud por el propio tribunal al que los perjudicados podrían dirigirse a tal efecto pidiendo su amparo.

Asimismo el propio apartado 2º del art. 287 de la L.E.C. ya prevé la posibilidad de impugnar las pruebas que las partes estimen ilícitas y que hayan sido admitidas en juicio mediante la interposición de un recurso de reposición contra la decisión del Juez en el procedimiento ordinario y mediante la formulación de protesta en el juicio verbal, pudiéndose reproducir la cuestión en apelación contra la sentencia definitiva (por el cauce del art. 459 de la L.E.C.)<sup>379</sup>, lo cual trasladado al

---

<sup>378</sup> Tal y como tendremos ocasión de analizar en el capítulo V, dicho precepto ha hecho suya la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*), que como veremos, extiende a la prueba derivada la ineficacia predicable de la obtenida inicialmente de modo lícito. Dicho en otras palabras, esta teoría viene a afirmar que no es posible tener en cuenta procedimentalmente una prueba que, aunque se haya obtenido por un medio legítimo, provenga de otro que infrinja derechos fundamentales amparados y consagrados por la Constitución.

<sup>379</sup> El art. 287.2 de la L.E.C. debe ponerse en directa relación con el art. 240 de la L.O.P.J. según el cual la nulidad de pleno Derecho y los actos que la hayan originado que hayan causado indefensión se harán valer por medio de los recursos

proceso penal, encuentra su equivalente en la posibilidad de interponer recurso de reforma y súplica ante el mismo Juez que dictó la resolución.

Finalmente, la cuestión de ilicitud de una determinada prueba podrá ser revisada en el recurso por infracción procesal de que es susceptible la sentencia de segunda instancia (arts. 466 y 468 y ss. de la L.E.C.).

#### **4.2) Eficacia de las pruebas ilícitas en el ámbito civil**

El valor y eficacia de las pruebas ilícitas ha sido una cuestión ampliamente debatida. Las posiciones han oscilado entre la aceptación de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad, con total independencia del modo en que se habían conseguido las pruebas y el rechazo de cualquier prueba obtenida de forma irregular.

En esta confrontación dialéctica ha terminado imponiéndose una concepción restrictiva de la ilicitud de la prueba, que limita su inefectividad a la obtenida con infracción de derechos fundamentales.

Así es, la inefectividad de las pruebas ilícitamente obtenidas queda legalmente determinada a que haya sido obtenida con violación de un derecho fundamental de rango igual o superior al del derecho a la prueba, y de ahí que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder

---

previstos legalmente contra la resolución de que se trate, por lo demás medios que establezcan las leyes procesales.

Judicial<sup>380</sup>, tras proclamar que "en todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe", disponga que "no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando derechos o libertades fundamentales", lo que supone que queda excluida de dicha inefectividad las pruebas obtenidas con infracción de normas civiles o de otra naturaleza ya que sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan derechos fundamentales al obtenerlas<sup>381</sup>, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a las reglas de la interdicción de la indefensión -S.T.C. 64/1986, de 21 de mayo (RTC 1986/64) y S.T.S. de 29 de marzo de 1990 (RJ 1990/1738), por todas-.

Si bien es claro que la ilicitud generada por la vulneración de derechos fundamentales priva de valor y efectividad a la prueba así obtenida, no es rechazable que, ante una ilicitud de inferior rango, como la infracción de disposiciones civiles, administrativas o fiscales, haya de otorgarse prevalencia sobre ella al derecho a la tutela judicial

---

<sup>380</sup> Notése que el silencio legal hasta la entrada en vigor de la L.O.P.J. era total, y que hasta la fecha únicamente existía un bien jurídico constitucional, el derecho a los medios de prueba pertinentes, derivado del art. 24.2 C.E..

<sup>381</sup> De esta concepción se hicieron eco las S.S.T.C. 114/1984 de 29 de noviembre así como la S.T.C. 25/1981, de 14 de julio, al señalar la primera de ellas en su F.J. 4º que: "la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida (...) deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental" y no podría concluir de forma más clara al declarar: "En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso".

efectiva y a la averiguación de la verdad procesal, sino que de conformidad con reiterada doctrina jurisprudencial<sup>382</sup>, debe hacerse en cada caso concreto una adecuada valoración de la norma violada<sup>383</sup>.

En cuanto a los efectos de la declaración de ilicitud de una determinada prueba en el proceso civil, conforme reiterada doctrina del T.C.<sup>384</sup>, los mismos deben conducir a la declaración de nulidad de la prueba practicada y a la exclusión de su valoración en la sentencia.

Con la declaración de nulidad de la prueba el tribunal, si estimare que concurren méritos bastantes para ello, podrá acordar la expedición y remisión del oportuno testimonio de particulares para la depuración de las responsabilidades de índole penal o disciplinaria a que hubiere podido dar lugar la apreciada vulneración de derechos y libertades fundamentales en la obtención de la prueba, sin perjuicio naturalmente de la eventual responsabilidad civil.

Finalmente, me parece interesante apuntar la cuestión que muy acertadamente señala MARTÍNEZ GARCÍA<sup>385</sup> en el sentido de que la L.E.C. no hace mención ni referencia alguna a qué sucede con la prueba derivada. No obstante, entendemos que ello no significa que se

---

<sup>382</sup> Entre muchas otras S.T.S., de 29.03.1990 (RJ 1990/2647), F.J. 7º sobre la interpretación de la doctrina emanada del art. 11. 1 de la L.O.P.J..

<sup>383</sup> Así el conocido A.T.S. de 18.06.1992 (RJ 1992/6102), caso Naseiro, declaró: “sólo cabe afirmar que existe prueba prohibida cuando se lesionan los derechos que la Constitución ha proclamado como fundamentales”.

<sup>384</sup> Así se han pronunciado las S.S.T.C. 85/1994, de 14 de marzo (RTC 1994/85) y S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo (RTC 1996/49) conforme a las cuales la ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra a las pruebas logradas a partir de aquellas, impidiendo la valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse de las conversaciones ilícitamente obtenidas.

<sup>385</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., pág. 126.

puedan admitir sino que serían de aplicación los arts. 225 a 230 de la L.E.C.<sup>386</sup> relativos al incidente sobre nulidad de actuaciones, los cuales impiden que de los actos originarios nulos deriven otros con eficacia procesal, estableciendo el art. 230 del citado Texto Rituario: “La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad”.

#### **4.3) Supuestos concretos: análisis jurisprudencial**

Seguidamente procederemos al análisis de algunas de las resoluciones más destacables que se han dictado hasta la fecha en el ámbito del proceso civil en orden a la aportación al proceso de la grabación de una conversación telefónica por parte de uno de los interlocutores, prestando especial atención a la reciente sentencia dictada por el T.S. en fecha 16 de enero de 2009 por la trascendencia que la misma puede tener en el ámbito penal respecto a la obtención de imágenes o conversaciones captadas subrepticamente, y que podría reflejarse en los próximos pronunciamientos.

La referida sentencia dictada por la Sala 1ª del T.S., de 16.01.2009 (RJ 2009/419) analiza la utilización y trascendencia para los derechos de la personalidad del uso de la técnica de la “cámara oculta” hasta la fecha amparada bajo la protección del llamado periodismo de investigación.

---

<sup>386</sup> Dichos preceptos conforme a la Disposición Final 17ª de la L.E.C. no entraron en vigor hasta que no se reformó la L.O.P.J., lo cual tuvo lugar con la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre.

El uso de cámara oculta no aparece regulado en nuestro ordenamiento jurídico, y su colisión con el derecho a la intimidad no está exento de polémica, sin que hasta la reciente sentencia dictada por el T.S. existiesen pronunciamientos del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad de su utilización para obtener información y sus límites, fuera del ámbito específico de la investigación criminal, por ello precisamente la importancia de la sentencia de constante referencia.

Lo cierto es que la jurisprudencia recaída hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico había sido muy permisiva en el uso de estas técnicas (grabación con cámara oculta) y sorprendentemente no se consideraban intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad la utilización de dichos artificios toda vez que se amparaban en una interpretación claramente laxa de la doctrina jurisprudencial del T.C. según la cual la grabación de una conversación por parte de uno de los interlocutores no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones.

De la jurisprudencia analizada se desprende que el criterio existente antes de la relevante sentencia del T.S., era que en el ámbito del denominado "periodismo de investigación", estaría justificado el uso de la cámara oculta cuando la información obtenida es de enorme importancia e interés público, afecta a un amplio número de personas y a elevadas sumas de dinero o puede generar graves consecuencias, y se han agotado las alternativas para lograr la información, siempre previo un proceso serio de reflexión en la toma de decisiones, antes de iniciar cualquier grabación de este género, que valore los intereses en

conflicto<sup>387</sup>. Por el contrario, la utilización de la cámara oculta estaría injustificada para grabar asuntos triviales, sin un motivo proporcionado; si previamente no se emplean medios alternativos para recabar esa información, y por el modo, si se graba a la ligera, sin las precauciones debidas y se actúa sin respetar la intimidad o la vida privada, y cuando se graba en un lugar privado.

Como ya tendremos ocasión de comprobar, dichas sentencias, a mi modo de ver, partían de una premisa incorrecta como es el hecho de considerar que la parte perjudicada había prestado su consentimiento a la captación de su aspecto físico (derecho a la propia imagen) y de espacios de su vida privada (intimidad) cuando en realidad dicho consentimiento estaba viciado por haber mediado engaño por parte del periodista o reportero encubierto.

Así a modo de ejemplo, procede citar la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, sección 13<sup>a</sup>, de 01.12.2008 (JUR 2009/89729), la cual estimó que no se había producido una intromisión ilegítima del derecho al honor en un caso en que se habían emitido en dos programas de televisión de la cadena Telecinco sobre las últimas elecciones a la presidencia del club de fútbol del Real Madrid la grabación de varias conversaciones captadas como resultado de una “investigación” realizada mediante cámara oculta. Las declaraciones de estas personas las había obtenido otra empresa sin vinculación alguna con la cadena televisiva que emitió el programa, simulando sus

---

<sup>387</sup> Así la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21<sup>a</sup>, de 05.06.2007 (JUR 2007/259600) tras valorar todos los intereses en conflicto consideró que en un reportaje con cámara oculta realizado en una residencia para la tercera edad no se había producido intromisión alguna ni al derecho al honor ni a la propia imagen por entender que concurrían los requisitos para ser calificado el reportaje como de periodismo de investigación.

periodistas de investigación el interés de un presunto empresario gallego aspirante a presidir el club de fútbol Deportivo de La Coruña a cualquier precio, para lo cual quería contactar con 'el equipo' que había participado en el éxito de uno de los aspirantes.

Reclamaba el actor de la citada litis la tutela judicial civil del derecho al honor (de conformidad con lo dispuesto en el art. 249.1º.2 de la L.E.C.) contra la mercantil titular de la emisora que difundió los dos programas televisivos, interesando que se prohibiese a la demandada la emisión de cualquier otro programa que tuviese como base comentarios, tertulias e intercambio de opiniones sobre los dos programas ya emitidos.

Sobre el uso de la cámara oculta, el Tribunal, que confirmó la sentencia dictada en primera instancia, se limitó a citar la doctrina del T.C. (S.S.T.C. núms.114/1984 y nº 56/2003) para sostener que no se produce vulneración alguna del derecho al secreto de las comunicaciones ni al derecho al honor cuando es uno de los interlocutores el que graba o recoge el contenido de la conversación, sin entrar a dilucidar si se había podido producir una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del recurrente.

Sin embargo, afortunadamente no todos los pronunciamientos han otorgado preferencia a la libertad de información frente a los derechos de la personalidad, sino que en ocasiones también se ha reconocido la inconveniencia de los medios utilizados para la elaboración del reportaje<sup>388</sup>, por estar basados en el engaño al haberse

---

<sup>388</sup> La Audiencia Provincial de Madrid, sección 20ª, de 30.10.2008 (AC 2008/2103) puso de relieve la falta de jurisprudencia pacífica respecto del uso de la



empleado la cámara oculta. Así se pronunció la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 03.11.2008, sección 8ª (JUR 2009/35082), en la que dos periodistas, que sirvieron de gancho para dar conversación a la entrevistada, que se hallaba haciendo “top less” en una playa, sin que ésta conociera la condición de aquéllas ni que estaba siendo filmada, realizaron un reportaje con cámara oculta sobre el turismo sexual, para luego seleccionar un fragmento que integrara parte del programa televisado, y que no era fiel reflejo del pensamiento y comportamiento de la entrevistada, perjudicando su buena imagen, a pesar de que las imágenes de su rostro se mostraron veladas.

Pues bien, tal y como hemos apuntado al inicio, lo cierto es que hasta la fecha apenas existían pronunciamientos que contemplaran esta más que discutible “herramienta periodística”, esto es, los reportajes con cámara oculta, y muy previsiblemente tras la relevante sentencia dictada por el T.S. de fecha 16.01.2009, que seguidamente comentaremos, los Tribunales posiblemente serán a mi criterio mucho más precavidos a la hora de otorgar carta blanca a ciertos tipos de programas, no faltos de audiencia, y en definitiva, a realizar una ponderación más equilibrada respecto del conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos de la personalidad<sup>389</sup>.

---

cámara oculta en el ámbito civil y estimó que se había producido una intromisión ilegítima del derecho a la intimidad de la recurrente al haber sido captadas subrepticamente imágenes de la misma con su pareja en una discoteca mediante una cámara clandestina y su posterior emisión en un programa televisivo de gran audiencia.

<sup>389</sup> Sobre el equilibrio que debe respetarse entre las libertades de expresión e información y los derechos de la personalidad reconocidos en el art. 18.1 de la C.E., como son el derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad, en el ámbito de los profesionales de la información a través de los medios de comunicación, como puede darse el caso en una rueda de prensa, y los criterios de ponderación que el T.C. utiliza en caso de conflicto entre los derechos de la personalidad y la libertad de información, resulta muy interesante el análisis que realiza MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio en sus artículos: “Información pública y los derechos al honor y a la intimidad”, *Repertorio*

a) Tras el análisis de cuál era la doctrina jurisprudencial existente en nuestro país, pasamos ahora ya sí a comentar la sentencia de fecha 16.01.2009 dictada por la Sala 1ª del T.S, la cual reconoce la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la recurrente, en base a unos razonamientos francamente impecables<sup>390</sup>.

El fallo del T.S. casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la actora filmada por cámara oculta contra la productora del reportaje, la periodista que lo realizó, la televisión autonómica que lo emitió, la presentadora del programa (la única respecto de la cual se desestima el recurso) y su director en defensa de sus derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y la propia imagen por considerar que habían sido vulnerados por aquéllos.

Según la recurrente las intromisiones ilegítimas tuvieron lugar en dos ocasiones: la primera cuando la periodista encubierta había acudido a la consulta de la actora (naturópata), previa cita, a fin de tratarle unos supuestos dolores musculares en la espalda, ocultando la reportera una cámara portátil apta para el registro de imágenes y

---

*Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Parte Estudio, nº 5/2008 (BIB 2008/595), págs. 11-26 así como en “Los límites de las libertades de expresión e información en un Estado social y democrático de Derecho”, *Congreso de los Diputados*, Madrid, 2006, págs. 283 y ss.

<sup>390</sup> JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo y PUCHOL AIGUABELLA, Marta, en su artículo: “La cámara oculta frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala 1ª, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009), *Editorial La Ley*, nº 7152, Sección Tribuna, Madrid, 08.04.2009.

sonidos, de modo que la recurrente no tenía conocimiento de que estaba siendo filmada. Y en segundo lugar, con la difusión de las imágenes grabadas en la Televisión Autonómica Valenciana, S.A. en un programa al que asistieron un representante de la Asociación Española de Fisioterapeutas y el Letrado de dicha asociación que había defendido sus intereses en un procedimiento penal seguido contra la recurrente y que finalizó con la condena a ésta como autora de un delito de intrusismo por haber actuado como fisioterapeuta sin ostentar título para ello.

En dicho programa mientras la presentadora así como los invitados expresaban su opinión y efectuaban comentarios respecto de la actuación de la actora, apareció una imagen de la recurrente en un ángulo de pantalla, con evidentes fines de identificación.

Las pretensiones de la recurrente no fueron acogidas en las sucesivas instancias fundamentalmente en base a dos motivos: por entender que no se había vulnerado ni la intimidad ni la imagen de la perjudicada toda vez que la misma había prestado su consentimiento para que la reportera entrase en su consulta, haciendo hincapié erróneamente el Tribunal de apelación que no era propiamente su domicilio. Además se sostenía que la actuación de la periodista se hallaba legitimada puesto que se trataba de una conversación grabada por uno de los interlocutores, con invocación de la S.T.C. 114/1984.

Y en segundo lugar, ante una ponderación entre la libertad informativa y los derechos de la personalidad, se otorgó preponderancia a la primera toda vez que la información recogida era veraz,

amparándose la Audiencia Provincial de Valencia, en definitiva, en la tesis del llamado “reportaje neutral”<sup>391</sup>.

Si bien considero que el Tribunal de apelación acertó plenamente a la hora de pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de las intromisiones alegadas en la demanda, al realizar una ponderación e intentar buscar un equilibrio entre la libertad de información y los derechos de la personalidad que se alegaban infringidos, creo que no valoró correctamente la utilización de la técnica de la cámara oculta. Dicho en otras palabras, la Audiencia presupone que al haber consentimiento de la naturópata de acceso de la clienta en su consulta, no se produjo intromisión alguna, haciendo referencia a inexistencia de inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.), cuando ésta no había sido invocada por la afectada sino que en realidad se alegaba la intromisión a su intimidad.

---

<sup>391</sup> Dicha doctrina sobre el reportaje neutral establece que toda información en la que el periodista o profesional de la información se limita de forma objetiva a transmitir las manifestaciones de terceras personas, queda exento de responsabilidad frente a cualquier vulneración en el derecho al honor e intimidad, al no poder calificar al propio medio o periodista como de autor de la noticia. Así por ejemplo las relevantes STC 136/2004, de 13 de septiembre y S.T.S., 1a, de 18.05.2007 (RJ 2007/2325), disponen que la idea esencial del reportaje es que sea un mero transmisor, esto es, transcribir exactamente lo manifestado por su fuente, pero al mismo tiempo debe personalizar en concreto de quien partieron las manifestaciones vertidas, en definitiva, tal y como señala la STS de 01.10.2008 (RJ 2008/5585), se trata de exponer de forma objetiva una información aportada por terceros.

Un claro exponente de dicha doctrina lo es la S.T.S., 1a, de 24.01.2008 (RJ 2008/1060), que versaba sobre una nota informativa publicada en el tablón de anuncios de un club marítimo en la que se atribuía a un socio la condición de moroso, calificando el Tribunal dicho acto de claro descrédito, declarando en su F.J. 6º: “Y en lo que respecta a la alegación de reportaje neutral, resulta jurídicamente incomprensible porque no se reproduce una información ajena (de tercero), es la demandada, por medio de sus directivos o representante, quien elabora el contenido de la información, y además se conoce con exactitud lo que sucedía en la realidad y sin embargo conscientemente se publica con omisiones relevantes y sin las explicaciones oportunas sobre las circunstancias concurrentes, con todo lo que se contradice de modo patente la doctrina jurisprudencial sobre el reportaje neutral (por todas, SS. 6 de febrero de 1.996, 6 de junio y 22 de diciembre de 2.003 y 18 de mayo de 2.007 )”

Comparto plenamente los razonamientos del Tribunal Supremo en el sentido de que el engaño por parte de la reportera encubierta al hacerse pasar por una clienta no puede entenderse como consentimiento a la grabación de imágenes y sonido, y aún menos a su difusión en un programa de televisión. En definitiva, tal y como muy acertadamente declara en su F.J. 4º: “No cabe hablar de aceptación cuando quien habría de prestarla desconoce aquello sobre lo que tendría que consentir”.

Lo cierto es que la reportera para filmar legítimamente su visita, debería haber contado con el consentimiento de la otra parte de la grabación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 2.2 en relación con el art. 7.1 de la Ley 1/1982 de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y como es lógico no es válido el consentimiento otorgado por la naturópata al desconocer que estaba siendo filmada, puesto que evidentemente de haber conocido tal circunstancia no se habría comportado de la forma natural y espontánea con la que siempre actuaba.

Especialmente incongruente encuentro el razonamiento que el Tribunal de apelación utiliza para otorgar legitimidad a la intromisión en la esfera íntima de la recurrente al servirse para ello de la invocación de la doctrina sentada por la STC 114/1984, cuando ésta lo cierto es que no guarda relación alguna con el caso enjuiciado. A mi modo ver, el Tribunal de apelación desenfocó el debate toda vez que la referida STC sienta el principio según el cual el secreto de las comunicaciones no rige entre los propios comunicantes, pero es que el hecho de que la difusión del reportaje no conculque el derecho al secreto de las

comunicaciones no significa que no se lesionen otros derechos, cuando lo transmitido entre en la “esfera íntima” del interlocutor, tal y como declara la propia doctrina jurisprudencial invocada.

Además de un análisis de los derechos e intereses en conflicto, se desprende, a mi modo de ver, completamente innecesario el empleo de la cámara oculta ya que para obtener la información/investigación que se consiguió habría bastado simplemente con la entrevista a clientes de la afectada, y se habría evitado el sacrificio del derecho a la intimidad de la naturópata.

Finalmente, el Alto Tribunal también estima infringido el derecho a la propia imagen de la recurrente (F.J. 7º) toda vez que con el empleo de la técnica de una cámara oculta la actora fue privada para decidir tanto en el momento de la grabación como en de la emisión del programa televisivo, para consentir o impedir, la reproducción de la representación de su aspecto físico.

En definitiva, las conclusiones que pueden derivarse de la comentada resolución es que si bien es plausible la grabación de una conversación por uno de los interlocutores, ésta no es lícita si afecta a la intimidad de uno de los intervinientes (tal y como de hecho el T.C. ya había apuntado en su importante sentencia nº 114/1984) y en segundo lugar, que no existe consentimiento en los casos de empleo de una cámara oculta puesto que obviamente de conocer la existencia de una cámara, el sujeto “grabado” no actuaría o expresaría sus opiniones de la misma forma, al haber sido de hecho engañado. Dicho consentimiento viciado y por tanto, nulo -conforme a lo dispuesto en el art. 1265 del

Código Civil<sup>392</sup>- o engaño en el ámbito civil es equiparable a la figura de los agentes encubiertos en el Derecho penal, los cuales ocultan al imputado su verdadera identidad e incluso actúan como si fuesen otras personas con el fin de obtener información relevante para la instrucción de la causa, a cuyo comentario nos remitimos.

Por tanto, podríamos decir que dicho fallo del T.S. sienta un precedente respecto de nuevas polémicas que puedan plantearse en un futuro en orden al uso de tal discutible técnica de cámara oculta, y en definitiva, respecto del equilibrio entre el derecho a la información y a la intimidad que se genera en el ámbito civil.

b) Por el contrario la sentencia dictada por la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 06.06.2006 (AC 2006/1914) tiene por objeto un caso muy similar al analizado, grabación de imágenes con cámara oculta en consulta médica de clínica de cirugía estética, si bien en este caso consideró que no se había producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen toda vez que existía una primacía del derecho de información, y que en consecuencia el reportaje gozaba de protección constitucional<sup>393</sup>.

Las apelantes, Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. y Antena Televisión, S.A., aducen que la actora (titular del centro estético)

---

<sup>392</sup> Dicho precepto dispone que: “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.

<sup>393</sup> En un caso muy similar, en el que una periodista que simulaba querer perder peso realizó un reportaje con cámara oculta de las prácticas llevadas a cabo en un centro de estética, la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 31.05.2003 (AC 2003/993) consideró también inexistente intromisión ilegítima alguna en aras al interés público y al evidente ánimo informativo.

ejerce una profesión de notoriedad con evidente proyección pública y que la consulta médica donde se efectuó la grabación ha de considerarse como un lugar abierto al público, y que en definitiva, no cabe apreciar la existencia de intromisión ilegítima alguna.

Sin embargo, el Tribunal “ad quem” estima que no puede entenderse que una consulta médica pueda reputarse como un lugar público de libre acceso, sino que por el contrario se trata de un ámbito de privacidad, realizándose la grabación de la imagen en el marco de una conversación de índole profesional de la actora con personas previamente citadas, a las que reputaba potenciales clientes de la clínica, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982.

En cuanto a la relación entre el derecho a la libertad de información y los derechos de intimidad e imagen, por más doctrina jurisprudencial que exista, es una cuestión que no puede tratarse dogmáticamente ni puede fijarse “a priori” sino que hay que estar a las circunstancias propias de caso concreto.

El Tribunal tras realizar un análisis de la jurisprudencia recaída entorno a la ponderación de los referidos derechos, la cual toma como referente la trascendencia pública de la información y su contribución a la formación de una opinión pública libre (STC 49/2001, de 26 de febrero y ATC 28/2004, de 6 de febrero), concluyó que debía premiar el derecho a la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen de la apelada. El elemento decisorio, a pesar de que era que cierto las imágenes fueron obtenidas de forma subrepticia, sin consentimiento de la actora, a la que se ocultó la condición de periodistas de sus



interlocutores, quienes utilizaron un dispositivo audiovisual, que habían ocultado para que no se detectara su presencia<sup>394</sup>, para grabar la imagen y manifestaciones de la actora efectuadas en un ámbito de privacidad con el objeto de incorporarlas al programa después emitido en un medio de comunicación de masas, fue que dicha actuación de los periodistas se enmarcó en un supuesto de periodismo de investigación<sup>395</sup>, al que es consustancial la no revelación de la auténtica identidad del periodista, lo cual estima que no es reprochable, salvo que se intercepten o graben conversaciones privadas de terceras personas que no son parte en la conversación que directamente se mantiene<sup>396</sup>.

c) La sentencia dictada por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Asturias, de 23.04.2007 (JUR 2007/262226) analiza el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado “a quo” que condenaba al recurrente a la devolución del préstamo a la actora.

---

<sup>394</sup> Como argumenta el propio Tribunal el carácter oculto de la cámara es fundamental puesto que de lo contrario muy probablemente el grado de espontaneidad del interlocutor pudiera, razonablemente, entenderse mediatizado, con pérdida evidente del valor de la información que se trata de obtener, y más como finalmente resultó ser en que se descubrió que la actora (coordinadora de másters, congresos y seminarios de cirugía estética) no tenía titulación para ejercer la medicina ni la cirugía ni que el Centro que dirigía no disponía de la preceptiva autorización administrativa.

<sup>395</sup> En efecto, el Tribunal consideró que la informativa obtenida se enmarcaba en un tema de actualidad, de importancia e interés público y no un asunto de naturaleza trivial, a la vista de la problemática que los centros de estética y las actividades llevadas a cabo en los mismos generan, existiendo un interés jurídico digno de protección como es la salud.

<sup>396</sup> Por contra, la sentencia dictada por el mismo Tribunal, sección 20ª de 07.02.2005 (AC 2005/519) estimó que sí que se había producido una intromisión ilegítima en un caso en el que se realizó un reportaje televisivo con cámara oculta sobre el resurgir de la extrema derecha en nuestro país en el que se dirigían a una persona, que fue presentada como “una militante de Democracia Nacional”, siendo las imágenes tomadas en la sede de un partido, por considerar que la actora (supuesta militante) carecía de notoriedad pública.

Uno de los motivos del recurso se centra en la infracción de los arts. 264 y art. 399 de la L.E.C. por entender que debía haberse inadmitido la prueba considerada ilícita consistente según el recurrente en la grabación de una conversación telefónica aportada al proceso por uno de los codemandados con el fin de demostrar que aquél no era el único obligado a la devolución del préstamo.

A pesar de que en el recurso de apelación se silenció el derecho fundamental que se estimaba vulnerado, razón por la cual dicho motivo de impugnación podría ser ya desestimado, el Tribunal decidió entrar en el fondo del debate.

Para resolver la problemática planteada –licitud o no de la aportación al proceso civil de la grabación de una conversación telefónica por uno de los interlocutores sin el consentimiento de los demás- el Tribunal acude a la consolidada doctrina jurisprudencial emanada del T.C.<sup>397</sup> para concluir que la grabación por uno de los interlocutores no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) toda vez que por definición no son secretas las comunicaciones para aquel a quien se dirigen y que la retención tampoco contraviene el citado derecho fundamental.

---

<sup>397</sup> Principalmente hace referencia a las S.S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre y S.T.C. 56/2003 conforme a las cuales quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera 'íntima' del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE.

Asimismo otras de las cuestiones debatidas era si la posterior divulgación de la información obtenida conculca o no el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.).

La sentencia si bien cita la jurisprudencia del T.C. conforme a la cual la situación económica de una persona entra dentro de la esfera de la intimidad constitucionalmente protegida<sup>398</sup>, también hace mención a la doctrina jurisprudencial que estima que el derecho fundamental a la intimidad, al igual que el resto de derechos fundamentales, no es absoluto por lo que no toda intromisión será ilegítima, lo cual sucederá cuando responda a un fin constitucionalmente legítimo, previsto en la ley, se acuerde por resolución judicial motivada y, finalmente se respete el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el Tribunal tras la valoración del resto de pruebas, consideró que la aportación al proceso de la grabación de la conversación por uno de los interlocutores (codemandado) y su admisión como medio de prueba es totalmente lícita, toda vez que aquél tenía un interés legítimo en demostrar la pluralidad de deudores, debiéndose estar también al deber de exhibición documental que rige en el proceso civil de conformidad con lo dispuesto en los arts. 328 y ss. de la L.E.C.<sup>399</sup>.

---

<sup>398</sup> En este sentido, S.S.T.C. núms. 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984/110), 45 /1989 (RTC 1989/45) y 47/2001 (RTC 2001/47).

<sup>399</sup> El apartado primero de dicho precepto es del tenor literal siguiente:

“1. Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba”.

d) La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, sección 3ª, de 11.01.2004 (AC 2005/342) desestima el recurso de apelación en el que se alegaba la ilicitud de la prueba consistente en la grabación de una conversación telefónica entre las partes por cuanto el recurrente no hizo la preceptiva protesta en la vista del juicio verbal tal y como exige el art. 446 de la anterior L.E.C..

A pesar de ello, el Tribunal precisa con referencia a la pacífica doctrina jurisprudencial que el secreto de las comunicaciones recogido como derecho fundamental de la persona en el tan repetido art. 18.3 CE no alcanza a aquél con quien se conversa y a quien libremente el interlocutor ha decidido manifestarle lo que ha considerado oportuno, sino que se refiere al tercero que, ajeno a la conversación, la intercepta de cualquier modo.

Por último, por el recurrente también se cuestiona en la alzada la autenticidad de la grabación si bien tal y como señala la misma resolución nada se dijo en la primera instancia al respecto lo que impide ahora alegar tal extremo en cuanto que supone en realidad alegación de una cuestión nueva inadmisibles ya en esta segunda instancia. (F.J. 2º).

e) Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 07.10.2004, 5ª (AC 2005/49) analiza un supuesto distinto toda vez que la ilicitud de la grabación de la conversación telefónica no proviene de las propias partes del proceso sino de un testigo, siendo de especial relevancia toda vez que realiza una comparativa entre el proceso penal y el civil en esta materia. La demanda se interpuso por la protección constitucional del derecho al honor (art. 20 C.E.) contra la demandada

por las declaraciones realizadas por la misma en un programa televisivo.

Concretamente, entre otros motivos, se impugna la sentencia por haberse utilizado como elemento probatorio una grabación clandestina mantenida por la actora con posterioridad a la interposición de la demanda con un testigo, habiendo sido la admisión de dicha prueba oportunamente recurrida.

La Sala ante la jurisprudencia penal alegada por la parte interesada estima que no puede aplicarse al procedimiento, desde el momento en que el proceso penal se sigue por unos principios totalmente distintos de los seguidos en el proceso civil: en aquél se parte del principio de presunción de inocencia, que evidentemente no rige en el proceso civil; y que por ilicitud hay que entender aquello que está prohibido, bien porque sea delito o bien porque contraviene derechos de la persona.

En esta rasante dialéctica el Tribunal sostiene que la grabación de la conversación telefónica por parte de la demandante no puede considerarse ilegalmente obtenida desde el momento en el que penalmente los hechos no tienen relevancia alguna al haberse declarado por el T.S. que la grabación y posterior divulgación de una conversación por uno de los contertulios no atenta a la intimidad de las personas, en consecuencia no hay ilicitud, y civilmente tampoco atenta al derecho al honor o intimidad personal tal acción.

A pesar de no considerar ilegal dicho medio de prueba, el Tribunal confirió mayor credibilidad a la declaración del testigo que constituía el

otro interlocutor de la conversación, el cual manifestó que la cinta no era fiel reflejo de lo hablado con la demandada, por haber sido practicada dicha declaración con todas las garantías procesales.

Del análisis jurisprudencial, puede afirmarse bajo mi punto de vista, no se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones cuando es el destinatario del acto o del mensaje quien los graba, pues en tales condiciones no hay introducción en el ámbito reservado de la intimidad ajena, siendo por tanto del todo innecesaria autorización judicial alguna.

En este sentido, entiendo que nada impide en el derecho vigente que una persona revele lo que otra le ha comunicado, siendo irrelevante la forma en que se documente este acto, y de la misma manera que hubiera podido revelar el contenido de la correspondencia a él dirigida, cualquier persona que desee presentar una denuncia o una demanda puede poner a disposición del Tribunal que conoce del procedimiento una grabación privada, sin que exista ninguna previsión legal que impida valorar como pruebas tales grabaciones, si bien como es lógico habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto.

A modo de ejemplo, procede tener en consideración que la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al recoger las conductas que tienen la consideración de intromisiones ilegítimas<sup>400</sup>,

---

<sup>400</sup> El art. 7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, dispone:

“Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

como son la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones de cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción, hace expresa excepción de su consideración como intromisión ilegítima al honor y a la intimidad cuando quien haga uso de tales medios sea el destinatario de las manifestaciones.

---

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

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

## **CAPÍTULO III**

### **LOS HALLAZGOS CASUALES: UNA CUESTIÓN CONTROVERTIDA**

---



La medida de intervención telefónica atendida su doble naturaleza constituye un medio de investigación y/o de adquisición o aseguramiento de fuentes de prueba toda vez que su función no es ni meramente investigadora ni puramente probatoria. Dicho en otras palabras, la intervención telefónica supone un medio autónomo de investigación y de formación de la prueba, que se dirige a obtener conocimientos relevantes para la persecución penal del hecho sospechoso y asimismo a asegurar, en su caso, concretas fuentes de prueba que pudieran adquirirse para su posterior valoración en el juicio oral.

Precisamente como consecuencia de esta doble naturaleza los efectos que puede producir una intervención telefónica válidamente ordenada y ejecutada en la fase de instrucción de un proceso penal conforme pacífica doctrina<sup>401</sup> consisten en: efectos inmediatos, esto es, investigación, producción y aseguramiento de fuentes de prueba y en efectos mediatos: valoración de prueba en el juicio oral mediante medios de prueba.

---

<sup>401</sup> Así lo sostienen entre muchos otros, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs 90 y ss y MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 93 y ss. Dicho autor sintetiza la doble función que cumplen las medidas de intervención telefónica: la investigadora y la probatoria. Considera que “puede que la intervención judicial simplemente busque encaminar la investigación, sin aprehensión del soporte de lo comunicado, sirviendo, entonces de puente para obtener otros elementos de prueba, así como para ordenar sucesivos actos de investigación. También puede suceder que, al intervenir la comunicación, se consigan pruebas directas”. En parecidos términos, LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ob. cit. págs. 115 y 116.

Así uno de los efectos inmediatos que pueden obtenerse como consecuencia de una medida de intervención telefónica es que del contenido de las conversaciones captadas, pudieran derivarse la práctica de otros actos de investigación, como sería el caso de ordenarse una entrada en el domicilio de un particular con el fin de comprobar el ocultamiento de un imputado rebelde o la participación de terceras personas relacionadas con la causa objeto de investigación o bien con otros hechos presuntamente delictivos.

### **1) Concepto de hallazgo casual**

Es precisamente en este contexto en que surge o emerge la cuestión de los descubrimientos o también denominados hallazgos casuales, noción exportada del Derecho comparado, donde la doctrina anglosajona emplea el término de *hallazgo inevitable* mientras que la terminología alemana utiliza la expresión *Zufallsfunden*, o sea descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos, para referirse a aquellos conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato para la investigación para la que se autoriza la medida, y/o que afectan –o provienen– de personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubieran podido ordenarse frente a ellas según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos<sup>402</sup>.

Habida cuenta de los propios condicionamientos técnicos de la ejecución de una intervención telefónica, se hace patente que la misma puede dar lugar fácilmente a dichos conocimientos casuales. La

---

<sup>402</sup> El autor LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 67 y 68 hace referencia a la definición que la doctrina alemana realiza de los hallazgos casuales.

doctrina alemana apunta que son varios los descubrimientos casuales que pueden darse:

a) Conocimientos casuales sobre hechos delictivos del imputado que no son objeto de investigación (esto es, sobre un tipo delictivo distinto a aquél por el cual se inició la investigación).

b) La implicación de una tercera persona ajena a la investigación relacionada directamente con el hecho delictivo objeto de la investigación.

c) La implicación de una tercera persona pero en la supuesta comisión de un hecho delictivo distinto al investigado.

d) Conocimientos que provienen de un tercero que se refieren al hecho investigado (como podría ser la información solicitada voluntariamente por un tercero).

e) Conocimientos que provienen de una tercera persona ajena a la causa, y que hace referencia a un hecho delictivo distinto del investigado.

Por tanto, dos son los componentes o factores que el hallazgo casual puede poner en conflicto: el ámbito objetivo de la investigación, en el sentido de que se descubren posibles infracciones criminales no amparadas por el ámbito de la autorización o el ámbito subjetivo, esto es, se detecta la intervención de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa o de algún modo relacionadas con la misma, los cuales analizaremos seguidamente.

## 2) Ampliación objetiva

Antes de proceder a realizar un análisis de cuál es el criterio jurisprudencial sobre cómo hay que proceder en caso de obtención de cierta información a raíz de un hallazgo casual o fortuito, creo conveniente hacer referencia a los matices que apunta un sector de la doctrina para reconocer la posibilidad de continuar con la investigación de los hechos delictivos descubiertos como consecuencia de un hallazgo casual.

Dicho sector doctrinal<sup>403</sup> señala que debe apreciarse la existencia de conexidad entre el delito buscado y el casualmente hallado para poder discernir si dicha información puede alcanzar valor probatorio, de tal modo que si entre uno y otros existe relación, en principio nada impide atribuir a este segundo virtualidad probatoria que permita inicialmente la persecución de esa nueva conducta delictiva. Por el contrario, si el hecho nuevo no guarda relación con el delito cuya averiguación motivó la intervención inicial, dicho sector doctrinal considera que la información adquirida tan sólo puede alcanzar valor de mera *noticia criminis*, siempre y cuando dicho nuevo presunto delito revista carácter grave<sup>404</sup>.

---

<sup>403</sup> El referido sector doctrinal está integrado entre otros por ALONSO PÉREZ, Francisco: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, ob. cit. pág. 324, y por MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ob.cit., pág. 149, el cual también sostiene la necesidad de una relación más o menos estrecha entre los hechos o una identidad fáctica para utilizar los nuevos datos a efectos probatorios. En la misma línea se posiciona LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ob. cit., pág. 474 y ss.

<sup>404</sup> En este caso, aún faltando dicha conexidad delictiva, podría investigarse los hechos delictivos hallados si estuviesen sancionados con una pena equivalente a la atendida inicialmente para acordar la medida inicial de intervención telefónica.

Ahora bien, al margen de ser imprescindible el dictado de una resolución judicial que legalice la eventualidad del descubrimiento, la jurisprudencia del T.C. ha sido contundente (STC 166/1999, de 27 de septiembre, RTC 1999/166), en la necesidad de una inmediata puesta en conocimiento de la autoridad judicial de tal eventualidad, o dicho en otros términos, la doctrina del hallazgo casual ha sido sometida a un estricto control judicial<sup>405</sup>. La comunicación al Juez tiene como fin la ampliación o emisión de una nueva resolución que habrá de reunir todos los requisitos de validez y motivación idénticos a la anterior.

### **2.1) Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

i) En lo que a la jurisprudencia del T.S. se refiere, el conocido caso Naseiro, Auto de 18.06.1992 (RJ 1992/6102) marcó sin duda un punto de inflexión respecto de la posible utilización o no de los conocimientos adquiridos casualmente en la ejecución de una medida de intervención telefónica.

El Tribunal Supremo anuló como prueba de cargo las conversaciones telefónicas grabadas entre diversos directivos del Partido Popular, concretamente de Rosendo Naseiro, responsable de finanzas del citado Partido y de Eduardo Zaplana (presidente del Partido en Alicante), argumentando que la autorización judicial se había pedido para investigar un presunto delito de tráfico de drogas, y el delito del

---

<sup>405</sup> No se trata de que el nuevo instructor que deba conocer de los hechos deba también realizar un estricto control sobre el contenido de lo grabado y oído por el anterior instructor, sino simplemente extremar las garantías, esto es, que se someta al debido control del Juez autorizante cuanta información acceda a conocimiento de los encargados del seguimiento.

que finalmente se les acusaba era otro distinto. Ante esto, el Fiscal y las acusaciones particulares retiraron las acusaciones.

El caso trae causa<sup>406</sup> de la trama de financiación ilegal que empezó a gestarse en el seno del Partido Popular en el año 1989, mediante negocios fraudulentos de carácter inmobiliario. El 28 de noviembre de 1989 la Brigada Policial de Estupefacientes de Valencia solicita autorización judicial para intervenir el teléfono de Rafael Palop Argente, por un presunto delito de tráfico de drogas. Estas escuchas dan lugar a descubrir delitos distintos al esperado, al grabar conversaciones entre el hijo de Rafael Palop, Salvador Palop Martínez (concejal valenciano del Partido Popular), y distintos miembros del PP. Se escucharon conversaciones hasta el 11 de abril de 1990, grabándose 5.240 llamadas, de las que 50 se incorporaron al sumario.

Estas grabaciones incluían conversaciones de Salvador Palop con miembros del Partido Popular como Ángel Sanchis (diputado del PP), Arturo Moreno (vicesecretario general del PP para asuntos electorales), Eduardo Zaplana (presidente del PP de Alicante por aquel entonces), José Luis Olivas (concejal del PP en el Ayuntamiento de Valencia); también se grabaron conversaciones con Luis Janini (delegado en Valencia de 'Dragados y Construcciones'), José Balaguer (director-gerente de 'ETRA'), Carlos Bonet (delegado en Valencia de 'Huerta y Cia.') y Francisco Javier Domínguez (arquitecto municipal de Cullera), entre otros.

---

<sup>406</sup> Los antecedentes del caso se hallan detallados en el F.J. 8º de la resolución comentada.

De las grabaciones se deducía la existencia de una trama destinada a la concesión de licencias a empresas constructoras a cambio de comisiones, destinadas a la financiación del partido. El 9 de abril de 1990 el juez Luis Manglano ordenó la detención de Rosendo Naseiro, Salvador Palop, el arquitecto de Cullera Javier Domínguez, y los empresarios Luis Janini, José Balaguer y Carlos Bonet. Tras tres días en los que se tomó declaración a los detenidos, el juez se inhibió del caso en favor del Tribunal Supremo, por la probable implicación de una persona aforada, el diputado popular Ángel Sanchis.

El fiscal del Supremo consideró los hechos constitutivos de un delito de cohecho en grado de conspiración, por lo que pidió 3 meses de cárcel y 9 años de inhabilitación para Palop y Sanchis, y 3 meses de cárcel y 4 años de inhabilitación para Naseiro.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, el Alto Tribunal consideró que se habían producido graves vulneraciones e irregularidades en la fase de instrucción. Así entre otras y en lo que ahora nos concierne, el Tribunal consideró que cuando en las conversaciones empezaron a aparecer expresiones que hacían pensar en un delito distinto al que se estaba investigando (tráfico de drogas)<sup>407</sup>, debió ponerse dicha circunstancia inmediatamente en conocimiento del Juez a fin de que a la vista de tal novación del objeto de la autorización hubiera tenido que tomar una decisión. Sobre este particular, se hace referencia a la STEDH, de 24.04.1990, caso Kruslin, en el que se analizaba una escucha ordenada por el Juez de Instrucción en el marco de un proceso distinto, y por tanto se estimó que las escuchas

---

<sup>407</sup> La problemática sobre la valoración de los conocimientos adquiridos como consecuencia de hallazgos ocasionales es objeto de análisis en el F.J. 6º.

constituían una injerencia de la Autoridad pública que viola el art. 8.2 del CEDH<sup>408</sup>. En base a todo ello, el T.S. declara que en el supuesto de que la Policía compruebe que el delito objeto de investigación, no es el que se vislumbra en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, debe darse inmediatamente cuenta al Juez a fin de que resuelva lo procedente.

Al apreciarse la concurrencia de otras irregularidades contrarias al principio de legalidad, el T.S. concluyó que las pruebas obtenidas a través de las intervenciones telefónicas fueron radicalmente nulas.

ii) La jurisprudencia posterior al relevante Auto del T.S. de fecha 18.06.1992 (RJ 1992/6102) -conocido caso Naseiro-, sin llegar a declarar la nulidad o ilicitud de la intervención, se posicionó en el sentido de sostener que si bien lo más correcto habría sido decretar la ampliación de la autorización judicial, ello no empece a que el hallazgo casual sirva de *notitia criminis* para iniciar una nueva línea de investigación criminal. Así entre muchas otras cabe citar las S.S.T.S., 2ª, de 31.10.1996 (RJ 1996/8887)<sup>409</sup> y de 19.01.1998 (RJ 1998/72)<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> En el caso *Kruslin* si bien es cierto que las escuchas fueron efectuadas sobre una determinada línea, condujeron a la policía judicial a interceptar y grabar varias conversaciones del demandante, una de ellas iniciadora de la apertura de diligencias en su contra, razón por la que el TEDH consideró que se había vulnerado el derecho del interesado al respeto de su correspondencia y de su vida privada. En la misma línea encontramos las SSTEDH de 08.09.1978, caso *Klass* y de 02.08.1984, caso *Malone*.

<sup>409</sup> La recurrente -esposa de un interno fue sorprendida en el momento de intentar introducir diversas sustancias estupefacientes en el Centro Penitenciario en el que su marido se hallaba ingresado a fin de que el mismo las venidera en prisión-, plantea la supuesta nulidad de la intervención telefónica practicada -y de todas las pruebas posteriores que traen causa de aquélla- por haberse acordado la intervención y escucha del teléfono cuya titular es la recurrente por un delito de robo con intimidación señalando como defectos insubsanables que determina la nulidad una supuesta deficiencia de motivación y la divergencia entre el delito que originó la



Especial atención merece la S.T.S. de 18.06.1993 (RJ 1993/5191), la cual basándose en la doctrina emanada del citado caso Naseiro, consideró la inexistencia de suficiente control judicial cuando un determinado hallazgo casual fue puesto en conocimiento del Juez de Instrucción que autorizó la intervención por la unidad de policía judicial cinco meses después de finalizadas las escuchas, habiéndose sobreseído provisionalmente las actuaciones en que se habían acordado las escuchas, iniciándose las actuaciones penales por querrela del Ministerio Fiscal sin que el instructor de la nueva causa oyera las cintas ni contrastara el contenido de las transcripciones<sup>411</sup>.

Posteriormente ya se estableció un criterio unánime favorable a la posibilidad de inicio de una nueva línea de investigación, considerando

---

intervención (robo con intimidación) y el descubierto a través de la misma (delito contra la salud pública). Lo que sucedió es que en el curso de la intervención telefónica regularmente acordada y practicada que tenía como objeto inmediato la investigación de un delito de robo con intimidación surgió como descubrimiento causal o hallazgo fortuito el conocimiento de que la misma persona titular del teléfono intervenido manifestaba su intención de cometer otra acción delictiva distinta: la introducción en un Centro Penitenciario de diversas sustancias estupefacientes con destino a su difusión entre los internos. Dicha Sentencia argumenta que si bien lo procedente sería la ampliación judicial de la medida, ello no obsta para que la información obtenida pueda servir de *notitia criminis* determinando las actuaciones pertinentes a fin de evitar que tuviera lugar la introducción de las sustancias estupefacientes en el Centro Penitenciario.

<sup>410</sup> Dicha sentencia con expresa referencia a la anteriormente citada (de fecha 31.10.1996) sostiene que no se ha producido vulneración de derecho fundamental alguno toda vez que se dio traslado a la autoridad judicial de este descubrimiento casual de un presunto delito distinto (detención ilegal) del que motivó la observación telefónica (tráfico de estupefacientes), autoridad que intervino a los pocos días otorgando autorización para la entrada y registro en la alquería, extremos que igualmente fueron puestos en conocimiento del Juzgado instructor de las iniciales diligencias.

<sup>411</sup> El F.J. 5º de la citada sentencia declara: “Evidentemente los datos obtenidos en un proceso merced a la interceptación telefónica acordada, y referidos a una supuesta esporádica grabación de unas palabras de un tercero, no pueden, sin más, extravasar el ámbito de aquel proceso para surtir efectos en otro distinto, máxime sin constatación de un escrupuloso control por parte de sendos jueces”.

lícita *notitia criminis* el hallazgo casual, el cual se recogió de forma clara en la S.T.S. de 26.03.2000 (RJ 2000/2094) al declarar que: “No puede renunciarse a investigar la notitia criminis incidentalmente descubierta en una investigación dirigida a otro fin, aunque ello hace precisa una nueva autorización judicial específica o una investigación diferente de que aquélla sea mero punto de arranque” (STS 15 de julio de 1993, RJ 1993/6089).

La referida sentencia contiene un detallado análisis de todos los requisitos que deben observarse a fin de autorizar una medida de intervención telefónica, siendo de destacar la matización que efectúa del principio de especialidad<sup>412</sup> en el sentido que el mismo no se vulnera cuando tiene lugar una adición o suma del tipo penal investigado<sup>413</sup>, como ocurre en el caso de los hallazgos casuales, vulnerándose dicho principio cuando se produce una novación del delito objeto de investigación.

Y en el mismo sentido se pronunció la S.T.S. de 07.03.1998 (RJ 1998/2345)<sup>414</sup> al permitir la dualidad de o bien una nueva autorización específica dentro de la misma causa (en caso de que nos halláramos

---

<sup>412</sup> El principio de especialidad exige que al momento de decretar una medida de intervención telefónica se concrete el fin del objeto de la investigación y que éste no sea rebasado, o lo que es lo mismo a *sensu contrario* que no cabe autorizar una medida de intervención telefónica para intentar averiguar en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos.

<sup>413</sup> En el mismo sentido se han pronunciado las S.S.T.S., 2ª de 02.07.1993 (RJ 1993/5703) y de 21.01.1994 (RJ 1994/89).

<sup>414</sup> Dicha sentencia cita un relevante pronunciamiento previo, la S.T.S., 2ª, de fecha 02.04.1996 (RJ 1996/3215), la cual estableció de forma clara que en los supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigarse una *notitia criminis* incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello conlleve la necesidad de una nueva autorización judicial.

ante un delito conexo) o bien servir de arranque a una nueva investigación<sup>415</sup>.

iii) Actualmente es pacífica la doctrina jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal que permite una doble posibilidad de actuación ante el conocimiento de unos hechos supuestamente delictivos distintos a los que eran objeto de la investigación concretada en: el inicio de una nueva línea de investigación dentro de una misma causa (autorización ampliatoria de la ya existente) o bien el inicio de una nueva investigación criminal totalmente independiente, de la cual conocerá el Tribunal que sea competente de conformidad con las normas de atribución competencial.

La doctrina más reciente halla sus máximos exponentes en las S.S.T.S. de 17.07.2006 (RJ 2006/6308) y de 20.11.2006 (RJ 2006/9187), las cuales con cita de amplia jurisprudencia anterior así como del T.C. consideran completamente válida la investigación de aquellos hechos presuntamente delictivos descubiertos en el marco de una determinada investigación criminal, siempre y cuando para su investigación se disponga de la pertinente autorización judicial, ya sea ampliatoria o bien el inicio de una investigación absolutamente independiente.

Muy acertadas me parecen las apreciaciones contenidas en la citada S.T.S., 2ª, de 20.11.2006, la cual estima que conforme a la doctrina del hallazgo casual, con expresa remisión a las relevantes

---

<sup>415</sup> La justificación de tal posibilidad se presenta de forma contundente: “Otra cosa significaría la impunidad de un grave asesinato que se descubriera en un domicilio registrado para descubrir estupefacientes para el tráfico o acreditar productos de receptación o viceversa” (F.J. 6º).

sentencias del T.S. de 07.06.2004<sup>416</sup> (RJ 2005/2289) y de 30.05.2003<sup>417</sup> (RJ 2003/4282), si previamente se ha dictado una autorización judicial que da cobertura a las escuchas telefónicas que se puedan practicar en orden a los indicios de un nuevo hecho delictivo, en tal caso, no puede entenderse vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y las mismas no son nulas sino completamente válidas.

---

<sup>416</sup> Dicha resolución se pronuncia de forma clara y contundente en orden a la validez y constitucionalidad de las escuchas telefónicas autorizadas por un virtud de un Auto ampliatorio a resultas de los indicios obtenidos de una previa investigación que tenía por objeto múltiples delitos de robo con fuerza, siendo finalmente condenados por un delito contra la salud pública. La doctrina de los hallazgos causales la expone de la siguiente forma: “si bien es cierto que el primer Auto de intervención telefónica -de 19 de febrero de 2001 (folio 45)- tenía por objeto la investigación judicialmente autorizada de delitos contra el patrimonio, también lo es que, como acertadamente señala la sentencia al examinar la misma queja formulada en la instancia, ello no empece a que durante la realización de la escucha aparezcan otras figuras delictivas, que suelen estar conectadas por hechos comunes y homogéneos o vinculados con el inicialmente considerado, tal y como aquí acontece, en que durante la investigación de un gran número de delitos de robo con fuerza por un grupo de conocidos, surge la aparición de otras figuras delictivas en que ellos participan tales como el pago de aparatos obtenidos como botín con drogas o estupefacientes, o la posesión y venta de tales sustancias entre ellos y a terceras personas, por lo que en el auto de prórroga ya se amplían las figuras delictivas».

<sup>417</sup> Por su parte, la S.T.S., 2ª, de 30.05.2003 en la que se acordó la ampliación de la autorización judicial inicial al hallarse casualmente indicios de un delito conexo (art. 17.5 L.E.Crim) al investigado inicialmente, analiza un caso con interesantes peculiaridades como es la problemática suscitada sobre la validez o no de las intervenciones telefónicas practicadas durante un período intermedio en el que no había autorización judicial de cobertura toda vez que había expirado el límite temporal de la primera resolución y los sucesivos Autos de prórroga no se dictaron hasta el cabo de unos días (se trataba de un período de unos 15 días).

El Tribunal concluye que si bien es cierto que existe un período en el que persistieron las escuchas sin la cobertura legal necesaria, dicha irregularidad no afecta al contenido del derecho constitucional en la medida que la observación así desarrollada carecía de interés y por cuanto los indicios relevantes a efectos de la investigación obtenidos de dichas escuchas se produjeron cuando las mismas estaban autorizadas mediante las sucesivas prórrogas y en consecuencia, dicho lapso de tiempo no puede invalidar de futuro las escuchas autorizadas cuando los indicios obtenidos a partir de éstas no están determinados por el contenido de las llevadas a cabo con vulneración del derecho fundamental. Asimismo consideró que otra de las irregularidades alegadas como fue el cese de las escuchas producido con posterioridad a la detención de los procesados tampoco podía afectar a la obtención lícita de la prueba. (véase F.J. 1º).

Concretamente el recurrente interesaba la nulidad de las intervenciones telefónicas por entender que se había conculcado el principio de especialidad que debe regir en la afectación del derecho consagrado en el art. 18.3 C.E. toda vez que si bien la causa tuvo su origen investigador por un presunto delito de homicidio, los recurrentes fueron condenados por un delito de salud pública como consecuencia del resultado de las escuchas telefónicas.

El Tribunal, tras un detallado análisis del iter temporal de la instrucción de la causa, concluye que las intervenciones telefónicas son válidas ya que el Juzgado de Instrucción acordó la ampliación de la medida de intervención telefónica al efecto de investigar el delito contra la salud pública, además del de homicidio, habiendo prorrogado en definitiva las escuchas, hallándose aquéllas bajo la cobertura de la ampliación judicial debidamente adoptada.

Por otro lado, la referida S.T.S., 2ª, de 17.07.2006 estudia la denuncia de la infracción del art. 18 de la C.E. por cuanto se autorizó la entrada y registro por un delito de tráfico de drogas y se aprovecha la entrada para imputar un delito distinto de tenencia ilícita de armas. Ante tal situación, el Alto Tribunal concluye que la existencia de un hallazgo casual de objetos relacionados con un delito distinto del investigado -que precisamente dio lugar al Auto de entrada y registro-, no supone la nulidad de la prueba respecto de dicho objeto, aunque para continuar y ampliar el registro respecto de ese nuevo delito sea necesaria una ampliación de la autorización (F.J. 16º).

A tal fin cita las Sentencias de esa Sala, de 18.06.1999 (RJ 1999/5971), de 29.11.2002 (RJ 2002/10873) y de 05.07.2004 (RJ 2004, 4183), las cuales sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva<sup>418</sup>. Dicha interesante cuestión merece una especial consideración, por lo que la analizaremos antes de seguir comentando los más recientes pronunciamientos sobre los hallazgos casuales, que como veremos han recaído en el seno de las diligencias de entrada y registro por ser en las que más frecuentemente se ha planteado dicha problemática y por tanto, en conflicto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 C.E..

---

<sup>418</sup> El concepto de flagrancia delictiva encontró plasmación legislativa en el art. 779.1. párrafo segundo de la L.E.Crim., en la redacción dada al mismo por la Ley 3/1967, de 8 de abril, según el cual “se considerará delito flagrante el que estuviere cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente o delincuentes sea sorprendidos”, precisando en los párrafos tercero y cuarto cuándo debía considerarse sorprendido en el acto el delincuente de que se tratara.

Actualmente el concepto de delito flagrante lo encontramos en el art. 795.1.1º de la L.E.Crim. el cual dispone: “A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

## **2.2) Los hallazgos casuales en las diligencias de entrada y registro**

A mi juicio, la problemática de los hallazgos casuales en las diligencias de entrada y registro reviste una extraordinaria importancia por representar de forma especialmente límite la tensión entre las exigencias de justicia material, de un lado, y el respeto y defensa de los derechos y libertades fundamentales.

El mandamiento de entrada y registro debe expedirse para un concreto y determinado objeto, es decir, para la investigación de un delito específico presuntamente atribuible al morador de la vivienda de que se trate, por lo que cabe preguntarse qué solución legal debe darse al supuesto de que con ocasión de la práctica de una diligencia de entrada y registro aparezcan efectos, instrumentos u objetos que indiciariamente hicieran sospechar de la posible perpetración o existencia de un delito cuya naturaleza nada tuviera que ver con aquel en averiguación del cual se había despachado el correspondiente mandamiento judicial de entrada y registro.

Procede puntualizar que las primeras resoluciones en materia de hallazgos casuales en las diligencias de entrada y registro<sup>419</sup> se basaron en la doctrina contenida en el Auto del T.S. de 18.06.1992, antes comentado, conocido como caso Naseiro, si bien el mismo se dictó en un caso de intervenciones telefónicas y no de registro domiciliario.

---

<sup>419</sup> La diligencia de entrada y registro tiene un carácter inequívocamente determinado y concreto, como se sigue del examen del juego de los preceptos de la L.E.Crim. reguladores de la misma, concretamente de los arts. 546, 567, 569, 570, 574 y 575 del citado Texto Legal.

Lo cierto es que desde se empezó a abordar dicha cuestión, se ha ido perfilando una doctrina del T.S. que sostiene que los descubrimientos ocasionales que no guarden relación con los objetos encontrados se encuentran amparados por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, por lo que no serían utilizables, a no ser que mediara el consentimiento del afectado, o en su caso, una ampliación de la resolución judicial que autorizó dicha medida coercitiva<sup>420</sup>.

---

<sup>420</sup> Dicha doctrina jurisprudencial ha sido expresamente recogida por muchos autores, como es el caso de LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993-1994, págs. 81-90.

En cuanto a la jurisprudencia del T.S. respecto de cuándo debe entenderse que se está ante un supuesto de flagrancia delictiva, procede destacar la S.T.S., 2ª, de 28.12.1994 (RJ 1994/10321) la cual con cita de jurisprudencia anterior, declaró que: “la flagrancia viene configurada por la evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente, siendo así conocida directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor, percibiéndose al tiempo la relación de este último con la ejecución del delito y dándose evidencias patentes de tal relación. Ese carácter resplandeciente («flagrans») o directamente manifiesto del delito y su responsable se perfila de acuerdo con específicas notas sustantivas y adjetivas: Las primeras están constituidas por una temporal, de inmediatez, esto es, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y otra, personal, cual es que el delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o relación con aspectos del delito -objeto, instrumentos, efectos o evidencias materiales del mismo- que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva. A estas dos notas materiales deberán agregarse otras dos de orden adjetivo integradas por la percepción directa y efectiva -nunca meramente presuntiva o indiciaria- de aquellas condiciones antes dichas; así como la necesidad urgente de la intervención, urgencia que si bien va normalmente unida a las situaciones de flagrancia -como medio de evitar ya la consumación del delito que se está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los efectos y huellas del delito que se está percibiendo directa y sensorialmente- ha de valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad, evitando intervenciones desmedidas o lesiones de derechos desproporcionadas respecto al fin con ellas perseguido. Aspecto este último que adquiere especial relieve cuando la intervención inmediata afecta a derechos fundamentales de un ciudadano, como es la entrada y registro en un domicilio particular”.

En la misma línea se sitúa la S.T.S., 2ª, de 04.03.1997 (RJ 1997/2215) al sostener que: “cuando la CE configura los supuestos de flagrante delito como una excepción a la necesidad de intervención judicial para la entrada y registro de domicilio esta excepción sólo puede entenderse como aquella situación fáctica en que



Ello es precisamente lo que sucedió en la S.A.P. de Barcelona, 7<sup>a</sup>, de 20.12.1989, que consideró que la solución que debía darse al tema del hallazgo casual no podía ser otra: “que la de entender que el objeto hallado fuera de los expresamente buscados está amparado por el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por lo que su aprehensión requerirá o el consentimiento del titular, o, en su caso, una ampliación de la resolución judicial en virtud de la cual se esté practicando la entrada y registro”. (F.J. 3º).

Ese fue también el criterio recogido por el T.S. en el que creo fue su primer pronunciamiento en el que trató el tema de los hallazgos casuales con ocasión de la práctica de una diligencia de entrada y registro, esto es, la S.T.S., 2<sup>a</sup>, de 28.10.1992 (1992/8599) en la cual estableció que: “en la medida en que, ya durante la diligencia, se descubrieran presuntamente otros delitos distintos, sólo el Juez habría de decidir si los mismos eran o no conexos y si procedía extender el mandamiento y consiguientemente el objeto del registro con la adopción de cuantas prevenciones correspondieran en Derecho”.

Dicha sentencia declara que el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con independencia de que concurra el consentimiento de su

---

queda excusada la autorización judicial precisamente porque el delito se percibe con evidencia y exige de manera inmediata la intervención policial, como sucede, por ejemplo, cuando los agentes de seguridad perciben que se está atentando en un domicilio contra la integridad física de una persona y el riesgo para la vida de ésta hace su intervención ineludible y urgente, sin poder esperar a la solicitud y concesión de autorización judicial. Se trata de hipótesis excepcionales en que la evidencia del delito y sus circunstancias exigen la inmediata intervención de la fuerza de seguridad”.

Dicha sentencia estimó que en el caso enjuiciado no concurrían los referidos requisitos de percepción sensorial de la comisión de un delito y de necesidad inexcusable de una intervención policial inmediata tal y como se desprendía del propio atestado policial.

titular, sólo puede ser vulnerado como consecuencia de mandato judicial o cuando concurren los requisitos inherentes al delito flagrante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 18.2 C.E. en concordancia con la regulación de la L.E.Crim.. Asimismo puntualiza de forma ciertamente aclaratoria, que en aquellos casos que durante la práctica de la diligencia de entrada y registro se descubrieran presuntamente otros delitos, la Policía debe poner inmediatamente dicha circunstancia en conocimiento del Juez que esté instruyendo la causa ya que tan sólo éste podrá decidir si tales delitos son o no conexos y en consecuencia si procede o no extender el mandamiento a los mismos, todo ello a fin de respetar el principio de proporcionalidad y el art. 8 del C.E.D.H.<sup>421</sup>.

Del estudio de dichas iniciales resoluciones<sup>422</sup>, es importante destacar a mi modo de ver que en ninguna de las dos sentencias se examina si el tema del hallazgo casual con ocasión de la práctica de una diligencia de entrada y registro determina o no la ilicitud de la

---

<sup>421</sup> La sentencia objeto de análisis también aborda una cuestión que es reiteradamente alegada por los recurrentes como es la supuesta nulidad de lo actuado por ausencia del Secretario judicial durante la práctica de la diligencia de entrada y registro. En este sentido pone de manifiesto las dos posturas existentes hasta la fecha: la que considera que su ausencia no acarrea la nulidad de la prueba sino que su no intervención puede enmendarse o subsanarse con la declaración de los agentes policiales que sí asistieron a la práctica de la diligencia (Autos del TC 11 y 16 de marzo de 1993) y por otra lado, la que entendía que debía decretarse la nulidad absoluta del acto que no puede convalidarse de ningún modo, representada por las SSTS, 2ª, de 04.10.1991 (RJ 1991/7270), de 16.12.1991 (RJ 1991/9350).

Dichas divergencias, puede afirmarse que fueron superadas gracias a la STC de 30.03.1992, la cual en síntesis viene a expresar que el acto de entrada y registro domiciliario sin asistencia del Secretario judicial, es una diligencia nula de pleno derecho y de la misma no pueden dedicarse los efectos de prueba preconstituida que tendría si hubiese asistido el Secretario judicial, lo que no impide que el propio acusado y testigos puedan deponer en el juicio oral respecto de lo que oyeron y vieron, sin que en esta fórmula general puedan entrar los policías actuantes aunque ellos sean ajenos a la irregularidad, por haber actuado como delegados del Juez de Instrucción en un acto judicial nulo, sin posibilidad de sanarse a través de sus propias declaraciones.

<sup>422</sup> Me refiero a la S.A.P. Barcelona, 7ª, de 20.12.1989 y S.T.S., 2ª, de 28.10.1992 (1992/8599).

prueba obtenida, partiéndose en ambas de considerar que, en todo caso, la ilicitud se produciría de forma sobrevenida, caso de que el interesado no autorice expresamente su aprehensión o, en otro caso, el Juez no amplíe su inicial mandamiento autorizante de la entrada y registro que se practica, planteamiento que, a nuestro juicio, comporta el error de dar por resuelto el tema que, precisamente se trata de resolver. Sin embargo, la cuestión relativa a la licitud o no de la prueba obtenida será objeto de análisis en el apartado cuarto del presente capítulo.

La solución apuntada por la S.T.S. de 28.10.1992 es reiterada<sup>423</sup> entre otras, en las S.S.T.S. de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7791) y 21 de enero de 1994 (RJ 1994, 89), precisando esta última que la solución apuntada es la adecuada desde la perspectiva de tratar de “aunar el derecho a la inviolabilidad domiciliaria con la justicia eficaz que el artículo 8 del Convenio de Roma (RCL 1997, 2421 y ApNDL 3627) proclama”.

En igual sentido se pronuncia la más reciente Sentencia del T.S. de 22.03.1999 (RJ 1999, 1603), la cual declara en su fundamento de derecho único que: “.... si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquél para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal

---

<sup>423</sup> Ese también fue el criterio adoptado por la jurisprudencia menor, como fue el caso de la S.A.P. Barcelona, 8ª, de 05.04.2001 (JUR 2001/142547), en la que se estimó que se había vulnerado el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio toda vez que el acceso al yate por parte de varios policías se hizo antes de disponerse de la necesaria autorización judicial, y en consecuencia declaró la prohibición de valorar las pruebas obtenidas por mor de la jurisprudencia constitucional sobre la materia (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, F.J. 4º; 49/1996 y 81/1998, entre muchas otras), cuestión que será analizada en el próximo capítulo. Además la comentada sentencia concluyó que no se había vulnerado el derecho al secreto a ñas comunicaciones telefónicas toda vez que la adopción de la medida había sido debidamente motivada, se había identificado al sujeto pasivo de la misma así como su objeto, como era la investigación de un delito de tráfico de estupefacientes.

descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley procesal”.

Sin embargo no todos los pronunciamientos han sido tan claros, siendo un buen ejemplo de ello la S.T.S. de 07.06.1993 (RJ 1993/4848) la cual podríamos decir que ofreció un primer giro a la jurisprudencia hasta entonces existente al sostener la tesis de que cabe tomar válidamente como prueba de cargo la proporcionada por la aprehensión de objetos correspondientes a delitos distintos de aquel para el que se concedió la autorización habilitante de la entrada y registro.

Dicha sentencia a pesar de haber sido citada en numerosas ocasiones<sup>424</sup> al afirmar la constitucionalidad del hallazgo casual toda vez que: “el registro domiciliario se realizó en virtud del mandamiento judicial expedido al efecto con lo que el acto no ha infringido aquel artículo (art. 18 ap. 2 CE [ RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875 ] ), según el cual ese requisito basta para el cumplimiento de su garantía”<sup>425</sup>, fue

---

<sup>424</sup> En efecto, dicho controvertido pronunciamiento fue citado entre otras, por la S.S.T.S., 2ª, de 18.10.1993 (RJ 1993/7539), la cual declaró en su F.J. 3º: “En todo caso parece absurdo pensar que una diligencia de registro domiciliario acordada para encontrar objetos robados, por ejemplo vaya a detenerse a tal motivo si allí aparecieran cadáveres o armas”. En la misma línea, encontramos la S.S.T.S., 2ª, de 25.04.1996 (RJ 1996/1998) y de 04.10.1996 (RJ 1996/7053).

<sup>425</sup> La criticada S.T.S. de 07.06.1993, contiene un claro pronunciamiento que a pesar de no compartirlo si que debe reconocerse que es claro y directo respecto a la nulidad de las pruebas, en el sentido de sostener que no existe nulidad alguna ni se infringe el art. 5.4 de la L.O.P.J. toda vez que resulta suficiente el mandamiento judicial y la correcta realización de la diligencia y por tanto el hecho de que el registro se dirigiera a la búsqueda de drogas no se opone a que pudieran intervenir otros efectos delictivos.

duramente criticada por la S.T.S., 2ª, de 03.10.1996 (RJ 1996/7563) por considerar que carecía de argumentación jurídica alguna<sup>426</sup>.

Esta última resolución dictada el 03.10.1996 examina un recurso en que se alega la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por considerar que el mandamiento de entrada y registro estaba expedido a los efectos de comprobar la participación del recurrente en un delito de tráfico de estupefacientes sin que se extendiera a otros tipos delictivos no relacionados con los delitos relativos a las sustancias estupefacientes. El Alto Tribunal concluye que dicha tesis no puede ser acogida y ello en base a la doctrina jurisprudencia emanada del conocido caso Naseiro (A.T.S. de 18.06.1992), que seguidamente será objeto de comentario, según la cual el delito nuevo es algo añadido al delito investigado, por lo que no existe novación del objeto de investigación sino adición a éste.

En una posición contrapuesta, que podría denominarse como principio de especialidad se sitúa la S.T.S. de 08.03.1994 (RJ 1994/5971), que recoge el criterio ya mantenido en las sentencias de 02.07.1993 (RJ 1993/5703) y de 21.01.1994 (RJ 1994/89), en el sentido de declarar la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos casuales acaecidos en un registro judicialmente autorizado, que es la doctrina imperante.

---

<sup>426</sup> La precitada S.T.S., 2ª, de 03.10.1996 criticó en su F.J. 1º apartado d) a la referida resolución de fecha 07.06.1993: “Es cierto que hubo divergencia en la jurisprudencia más reciente de esta Sala, respecto a tal cuestión. En efecto, la tesis de que cabe tomar válidamente como prueba de cargo la proporcionada por la aprehensión de objetos correspondientes a delitos distintos de aquel para el que se concedió la autorización habilitante de la entrada y registro domiciliario ha sido mantenida, sin argumentación justificativa, por la Sentencia 1309/1993, de 7 junio (RJ 1993\4848)

De tal forma que el hecho de que durante la práctica de la diligencia se encuentren objetos o instrumentos que se refieran a conductas delictivas distintas a las que se estaba investigando, no significa que los instrumentos encontrados queden desamparados de la autorización judicial que cubre la intromisión en la esfera privada del domicilio. Se entiende que tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por la propia naturaleza de la diligencia de entrada y registro. Nada impide, pues, que en la diligencia de registro puedan obtenerse pruebas de otro delito distinto de aquel para cuya investigación fuera inicialmente concedida, máxime cuando tales pruebas se hubieran podido obtener mediante una autorización judicial de entrada y registro.

Efectivamente la comentada S.T.S. de 08.03.1994 (RJ 1994/5971), matizó que dicha doctrina imperante en los hallazgos casuales acaecidos en las diligencias de entrada y registro no es aplicable a las intervenciones telefónicas, toda vez que no se estaría propiamente ante flagrancia delictiva sino que sería posible solicitar la ampliación de la autorización judicial habilitante en caso de escuchas referidas a conductas delictivas distintas. Ello es lógico ya que en las diligencias de entrada y registro no sucede lo mismo, puesto que su realización se caracteriza por la unidad de acto, de ahí que si en su práctica aparecen objetivos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, se considera que tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia.

Dicha sentencia concluyó que el delito nuevo, es algo añadido al delito investigado, al haber dado la investigación sobre éste resultado positivo, aplicándose las normas de conexión de los artículos 17.5 y 300

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que no existe novación del objeto de investigación, sino simple adición a éste.

Entre los pronunciamientos de la última década, cabe citar la S.T.S., 2ª, de 18.06.1999 (RJ 1999/5971) que estimó lícito el hallazgo de diversos documentos públicos y documentos mercantiles falsificados en el domicilio del acusado a pesar de que lo cierto era que la autorización de entrada y registro tenía por objeto la investigación de actividades delictivas relacionadas con la desaparición de dos personas por cuanto entendió que dicha documentación hallada casualmente estaba en directa relación con la desaparición de las dos personas y que constituían elementos que podían materializar el móvil económico que motivó esas muertes.

Dicha resolución cita otros pronunciamientos favorables a la licitud de la investigación de aquellas otras conductas delictivas que nacen de los hallazgos casuales acaecidos en un registro judicialmente autorizado, que es la doctrina imperante.

Así también lo han sostenido las S.S.T.S., 2ª, de 18.02.1994 (RJ 1994/2314), la cual declaró que: “aunque el auto que autorizó la entrada y registro lo fuese sólo a los fines allí señalados, sin embargo la valoración de pruebas obtenidas en dicha diligencia relativas a la tenencia ilícita de armas por el que fue condenado el recurrente, es ajustada a derecho pues tales pruebas hubieran podido ser obtenidas por medio de una diligencia de entrada y registro”.

En el mismo sentido, cabe citar las sentencias del T.S. de 04.10.1994 (RJ 1994/7609), de 25.04.1996 (RJ 1996/2998) y de

03.10.1996 (RJ 1996/7563), siendo de destacar esta última por cuanto se señaló que el delito nuevo es algo añadido al delito investigado, al haber dado sobre éste resultado positivo, aplicándose las normas de conexión de los arts. 17.5 y 300 de la L.E.Crim., por lo que no existe novación de la investigación, sino simple adición a éste.

Por otro lado, la S.T.S., 2ª, de 29.11.2002 (RJ 2002/10873) analiza un interesante caso en que el recurrente que fue condenado por un delito contra la salud pública, alego la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ya que fue registrado su vehículo, mientras estaba detenido, hallando los agentes policiales en su interior un paquete de droga sin tener autorización judicial para ello. Si bien ello es cierto el Tribunal argumenta que a pesar de que la diligencia policial no tenía por objeto el registro del automóvil, sino tan sólo, la recogida de huellas en su interior, debe calificarse el hallazgo como claramente casual, siendo irrelevante tal descubrimiento ya que previamente ya le habían sido incautadas sustancias estupefacientes en su domicilio.

Ahora bien, el Tribunal con gran acierto matiza que la prueba obtenida es completamente válida y puede ser introducida en el debate del juicio oral mediante la declaración de aquellas personas que se hallaban presentes durante el hallazgo, cumpliéndose así el sometimiento de la prueba al principio de contradicción, sin que el hecho de que el afectado se hallase detenido invalide dicha prueba tal y como se pretendía por el recurrente<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup> En efecto el recurrente invoco la doctrina constitucional (STC 303/1993, de 25 de octubre) de que la prueba no es valida toda vez que el registro no se practico con todas las debidas garantías al hallarse en situación de detenido y a disposición de la policía.



Finalmente, la S.T.S, 2ª, de 05.07.2004 (RJ 2004/4183), con base a su pacífica doctrina jurisprudencial en orden a la apreciación de flagrancia delictiva <sup>428</sup>, rechazó de forma tajante la invocación de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio por el simple hecho de haberse dictado el auto habilitante de entrada y registro con fundamento a un delito (explotación sexual de inmigrantes) de distinta naturaleza al que fue condenado (delito contra la seguridad colectiva).

Así el Tribunal estimó que se trataba de un claro caso de delito flagrante al haberse encontrado múltiples sustancias estupefacientes así como útiles para su distribución y venta, flagrancia que entiende que justificaba y daba plena cobertura al auto de entrada y registro, sin que deba tildarse en consecuencia de nula la prueba obtenida.

Cuestión distinta es la licitud o no probatoria de los hallazgos casuales, esto es, el debate sobre si las pruebas halladas casualmente, al margen del objeto para el que específicamente se autorizó la correspondiente entrada y registro domiciliario, deben reputarse lícitas o ilícitas, tema que evidentemente no guarda ninguna relación con la detención o prosecución de la práctica de diligencia que se esté practicando y que será abordado en el apartado cuarto del presente capítulo.

---

<sup>428</sup> Cita las S.S.T.S., 2ª, de 18.06.1999 (RJ 1999/5971) y de 29.11.2002 (RJ 2002/10873), las cuales sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva.

### **2.3) Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

En orden a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recoge un idéntico tratamiento con relación al hallazgo casual. Creo conveniente partir de la relevante STC 41/1998, de 24 de febrero (RTC 1998, 41), conocida como el caso Juan Guerra.

Los hechos del recurso de amparo tienen que ver con la condena que por prevaricación, pronunció el Tribunal Supremo contra el actor y otras personas por su intervención en la recalificación de una parcela situada en el polígono «Fridex» en el municipio de Alcalá de Guadaíra. La S.T.S. declaró, dicho en síntesis, que el Código Penal de 1973 permitía condenar como responsables del delito de prevaricación, a personas que carecieran de la cualidad de funcionario público, no como autores, pero sí como inductores o cooperadores necesarios.

Contra dicha sentencia se alza el recurrente en amparo alegando diversas vulneraciones de derechos fundamentales. De las múltiples quejas formuladas, nos centraremos en la concerniente a una pretendida indefensión y vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la C.E.).

El Tribunal ante la solicitud de nulidad de la diligencia de entrada y registro por ciertas irregularidades (como la no intervención del Secretario judicial), declaró que todas estas objeciones carecían de trascendencia constitucional. Respecto de la pretendida nulidad de la entrada y registro por razón de su origen en una intervención telefónica decretada para otro fin y en otra causa, la Sala concluye que no

concurrer los requisitos del art. 11.1 de la L.O.P.J. ni tampoco la doctrina en cuanto al efecto sucesivo o inducido de nulidad.

Comparto plenamente el parecer de la Sala en el sentido de que la obtención de la *notitia criminis* en una intervención telefónica que tenía otro objeto -como era la indagación de un delito de tráfico de drogas y no de prevaricación-, esto es, que se obtenga casualmente, pero debidamente acordada judicialmente, no puede tildarse de ilegítima ni conlleva por ende su invalidez.

El Alto Tribunal considera que es indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido acordado para investigar un delito distinto al de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el recurrente en base a documentación hallada durante el registro. Únicamente si la obtención de los documentos hubiera sido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso penal contra el actor.

Además tal y como se señala en la sentencia, la intervención telefónica no fue el único factor que motivó el registro domiciliario, sino que simplemente generó una sospecha, que unido a otros elementos de convicción, llevaron a la autoridad judicial a acordar la diligencia.

La comentada resolución afirma que: “el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que

tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 de la LECrim”. (F.J. 33°).

Es por todo lo anteriormente expuesto, por lo que el T.C. concluyó que la demanda de amparo no ofrecía razón o indicio alguno que pudiera llevar a pensar que los funcionarios policiales hubiesen burlado las garantías constitucionales de los derechos fundamentales afectados por su actuación: no se apreciaba ninguna divergencia entre las autorizaciones judiciales concedidas y las investigaciones practicadas por la policía, ni tampoco se sustrajeron al conocimiento del Juez que había autorizado la intervención los resultados de la misma.

- Es también unánime la jurisprudencia que hace una clara distinción entre lo que es un hallazgo casual, referido a hechos o infracciones criminales que escapan del contexto de la investigación, de lo que son hechos diversos (adición o suma) de una misma actuación o hechos criminales, los cuales no comportan ampliación ilícita.

Así por ejemplo, la S.T.S., 2ª, de 30.05.1997 (RJ 1997/4444), la cual con cita de doctrina jurisprudencial relativa a la matización del principio de especialidad que debe respetarse en la adopción de una medida de intervención telefónica, hace uso de la expresión<sup>429</sup>: “no se produce una novación del tipo objetivo sino una adición o suma” (F.J. 1º).

---

<sup>429</sup> Esta expresión ya fue empleada por la S.S.T.S., de 02.07.1993 (RJ 1993/5703) y de 21.01.1994 (RJ 1994/89).

Dicha resolución señala que en los supuestos en que se investiga un delito concreto y se descubre otro distinto, no puede renunciarse a investigar la *notitia criminis*, incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello pueda hacer precisa una nueva o específica autorización judicial o una investigación diferente a la del punto de arranque.

En la misma línea, la S.T.S., 2ª, de 19.01.1998 (RJ 1998/72), en la que los funcionarios policiales, mediante la correspondiente autorización judicial, realizan la observación y la escucha de un teléfono para completar su información sobre una posible e importante operación de tráfico de drogas, obteniendo el conocimiento casual de datos que pudieran estar relacionados con un presunto delito de detención ilegal, y esta probable *notitia criminis* determina, para su comprobación, unas actuaciones al margen de las escuchas telefónicas que consisten en unos seguimientos que a los pocos días dan su fruto y confirman la detención y encierro de unas personas cuya libertad se consigue previa solicitud del correspondiente mandamiento de entrada y registro<sup>430</sup>.

Asimismo la S.T.S., 2ª, de 04.03.2003 (RJ 2003/5151)<sup>431</sup> en el que se somete a consideración casacional el hallazgo de droga en la

---

<sup>430</sup> Especialmente clara es dicha resolución al citar un pronunciamiento anterior sobre el particular, en su F.J. 1º: "Esta Sala, en la Sentencia 835/1996, de 31 octubre (RJ 1996\8887), en un caso parecido al que nos ocupa, declara que «con independencia de que en el supuesto de que se pretendiese continuar la investigación de este nuevo hecho delictivo a través de la intervención telefónica, lo procedente sería la ampliación judicial de la intervención (Auto del Tribunal Supremo de 18 junio 1992 [RJ 1992\6102]), ello no obsta para que la información ya obtenida pueda servir lícitamente como "notitia criminis", determinando las actuaciones procedentes".

<sup>431</sup> Dicha resolución declara que el problema de los hallazgos casuales puede fácilmente acontecer en los registros domiciliarios, en los cuales suelen hallarse objetos o efectos delictivos no directamente interesados por la investigación criminal.

chaqueta del detenido en la diligencia de entrada y registro que se practica en su domicilio, la Sala entiende que aunque se conceptuase no cubierto por la literalidad del mandamiento judicial -que sí lo contemplaba, por otro lado-, en todo caso, quedaría amparado por la flagrancia delictiva, no siendo en modo alguno nula tal diligencia, pues de tal aspecto fáctico tuvo conocimiento el órgano jurisdiccional, a través del secretario judicial, que fedataba la diligencia, y el detenido fue interrogado judicialmente por tal hallazgo, dando las explicaciones que tuvo a bien.

Bajo mi punto de vista resulta necesario comentar también la relevante S.T.C. 22/2003, de 10 de febrero, la cual además de analizar novedosos aspectos que seguidamente se apuntan, confirma su doctrina anterior sobre la ilegitimidad del registro practicado tras cesar la situación de flagrancia delictiva. Efectivamente dicha cuestión ya había sido objeto de análisis por la S.T.C. 171/1999, de 27 de septiembre, la cual otorgó la razón al recurrente en cuanto a la inexistencia de un delito flagrante.

El Alto Tribunal estimó que de las circunstancias concurrentes -el recurrente que se hallaba bajo vigilancia policial había sido detenido horas antes en un episodio que podía calificarse de flagrante delito pero

---

En dicha situación, la jurisprudencia ofrece distintas soluciones. Así, la Sentencia de 4 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7830) admite la validez de la diligencia cuando, aunque el registro se dirigiera a la investigación de un delito, se encontraran efectos o instrumentos de otro que pudiera entenderse como delito flagrante. La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los artículos 17.5 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente «adición».

tal situación había cesado cuando se practicó el registro<sup>432</sup>-, razón por la que no podía deducirse la nota de flagrancia necesaria para prescindir de la preceptiva autorización judicial para proceder al registro de su domicilio. En consecuencia, se trataba de proceder a un registro que sólo podía considerarse legítimo en la medida en que hubiese sido autorizado judicialmente, habiendo cumplido el Auto autorizante todos los requisitos al haber sido debidamente motivado y haberse hecho constar todos los datos necesarios al efecto.

La precitada S.T.C. 22/2003, de 10 de febrero, como hemos dicho, gira en torno a dos grandes cuestiones principalmente. La primera y que seguidamente trataremos, situada en el ámbito del derecho a la inviolabilidad del domicilio, incide en el análisis sobre si es o no suficiente la autorización prestada por el cónyuge del acusado y a su vez víctima del delito para legitimar el registro del domicilio común. La segunda opera en un ámbito distinto y por ello, será analizada en el próximo capítulo, atañe a la novedosa cuestión relativa a si deben rechazarse las pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de un derecho fundamental en el caso de que concurra una razonable buena fe por parte del sujeto infractor.

Nos centraremos ahora en la primera cuestión. El caso enjuiciado trae causa de la condena al recurrente como autor responsable de un delito de amenazas a su esposa y otro de tenencia ilícita de armas de fuego. Alega el recurrente la nulidad del registro domiciliario practicado, al no haber contado la policía con autorización judicial, no concurrir un supuesto de delito flagrante y no haber prestado tampoco su

---

<sup>432</sup> Tal y como el propio Tribunal apunta la fuerza policial, tras la detención del recurrente, no consideró necesaria una inmediata intervención, puesto que la misma solicitó la autorización judicial de entrada y registro.

consentimiento, quien se encontraba en ese momento detenido y entender que el consentimiento prestado por su esposa (cotitular del domicilio y denunciante de los hechos enjuiciados) e hijo no puede considerarse relevante.

El argumento fundamental que utiliza el solicitante de amparo es que el consentimiento relevante para legitimar la entrada y registro policial de un domicilio es únicamente el del cotitular acusado del delito objeto de investigación, no el del otro titular, dada la estrecha conexión que el derecho a la inviolabilidad del domicilio tiene con el de la intimidad personal. Además sostiene que no cabe presumir que un cónyuge tiene la representación de otro, con invocación de doctrina jurisprudencial sobre el particular<sup>433</sup>.

Las resoluciones judiciales previas se apoyan en un único argumento: que cada uno de los titulares de un domicilio está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el mismo, sin que sea necesario recabar el de los otros, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes, y en definitiva, que el consentimiento prestado por la esposa era suficiente.

El T.C. zanja la cuestión considerando que no puede estimarse válido el consentimiento prestado por la esposa, víctima del delito, al estar ante una situación de fuerte contraposición de intereses, y por tanto, en ausencia de autorización judicial o delito flagrante, debe entenderse que ha habido vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

---

<sup>433</sup> Así entre otras, cita en su apoyo, la S.T.S. de 14.11.2000 (RJ 2000/8716).



En definitiva, el Alto Tribunal sostiene que la regla general según la cual cualquiera de los cónyuges puede autorizar la entrada y registro en el domicilio común, tiene una clara excepción como es aquellos casos en que existan intereses contrapuestos entre los cotitulares, razonamiento lógico que comparto plenamente y que considero que constituye un avance muy positivo en la delimitación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria.

### **3) Ampliación subjetiva**

#### **3.1) Situación existente en nuestro Ordenamiento Jurídico**

El ámbito subjetivo es el segundo de los componentes que como hemos indicado puede poner en conflicto el hallazgo casual por el inevitable descubrimiento de una actuación lícita. Efectivamente, se puede detectar la existencia de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa o bien relacionadas con la misma de algún modo, y además pueden ver afectada su intimidad<sup>434</sup>.

Con carácter previo, procede indicar que de la propia definición de intervenciones telefónicas dada por el Tribunal Supremo ya se deduce o desprende la posibilidad de afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de terceras personas ajenas a la investigación,

---

<sup>434</sup> Sobre la afectación a terceras personas que una medida de intervención telefónica puede conllevar, procede destacar el acertado parecer de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: “El tercero frente a la Intervención Judicial de las comunicaciones telefónicas”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 2/2005*, ed. Aranzadi, Pamplona 2005.

siendo un claro ejemplo de ello, la S.T.S., 2ª, de 28.11.1994, (RJ 1994/9997), F.J. 7º:

“Unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comuniquen, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”. En el mismo sentido se han pronunciado entre muchas otras las S.S.T.S., 2ª, 31.10.1994 (RJ 1994/9076); de 20.02.1995 (RJ 1995/1201); de 19.10.1996 (RJ 1996/7834) y de 21.09.1999 (RJ 1999/7387).

Especialmente ilustrativo es a mi parecer el análisis que lleva a cabo LÓPEZ-FRAGOSO<sup>435</sup> en orden a la afectación de terceras personas como consecuencia del descubrimiento ocasional de nuevos hechos presuntamente delictivos. Dicho autor apunta que debe tenerse en consideración que los descubrimientos casuales se producen por una razón no jurídica, cual es la de las propias condiciones técnicas de ejecución de una medida de una medida de intervención telefónica.

Según el mismo la finalidad que persigue una medida de intervención telefónica es la comprobación o obtención de hechos importantes para la investigación en cuyo seno se ha autorizado la medida, si bien precisamente por dichos condicionantes técnicos, dicha

---

<sup>435</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob. cit. pág. 68.

diligencia instructoria puede tener por sujetos pasivos a personas distintas del imputado, sin embargo aquéllos tendrán que ser sus intermediarios, o dicho en otras palabras, el imputado ha de participar necesariamente ya sea, mediatamente a través de la comunicación que realiza o recibe directamente el tercero.

En definitiva, la idea es que los hallazgos casuales pueden afectar sin duda a terceras personas ajenas hasta el momento a la investigación en curso, pero lo que es seguro es que aquéllas han aparecido en el procedimiento por su relación con el imputado al haberse comunicado de un modo u otro con aquél.

RODRÍGUEZ LAINZ<sup>436</sup> señala que efectivamente los hallazgos casuales también pueden afectar al ámbito subjetivo de la investigación -no tan sólo al objetivo-, en el sentido de que se detecta la intervención de terceras personas respecto de hechos independientes de la causa o tangencialmente relacionadas con la misma, si bien apunta que esto último debe diferenciarse de la identificación de personas relacionadas con una misma infracción objeto de investigación en los que la ampliación subjetiva, es una consecuencia necesaria de la investigación abierta, como puede suceder en el caso de intervención de nuevos teléfonos usados por distintas personas de las investigadas inicialmente.

Por su parte LÓPEZ BARJA<sup>437</sup> trata la cuestión del plano subjetivo de la medida de intervención telefónica desde otra perspectiva, en el sentido que analiza dicha cuestión directamente cuando se

---

<sup>436</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob. cit. pág. 258.

<sup>437</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. págs. 200 y 201.

pronuncia sobre la problemática relativa a la admisibilidad o no de iniciar una nueva investigación o ampliar la ya existente cuando como consecuencia de descubrimientos casuales se obtengan nuevos datos sobre una persona distinta al propio sujeto pasivo de la medida.

LÓPEZ BARJA considera, tal y como veremos más adelante<sup>438</sup>, que únicamente es admisible la validez probatoria de los descubrimientos casuales referidos al propio sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica, excluyendo toda posible utilización de los conocimientos adquiridos fortuitamente y relativos a un tercero.

Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS<sup>439</sup> destaca la importancia que pueden tener en la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas los hallazgos casuales, puesto que los mismos pueden ser relativos a hechos nuevos (no buscados, por ser desconocidos, en la investigación instructora en la que irrumpen), bien conexos, bien inconexos con los que sí son objeto de la causa, y al mismo tiempo porque pueden afectar al imputado y/o a terceras personas no imputadas en el procedimiento, titulares o no del teléfono intervenido.

Respecto de la jurisprudencia, es reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo<sup>440</sup> conforme a la cual es lícita la posibilidad de la ampliación subjetiva del objeto de la investigación a raíz de las noticias obtenidas de la intervención inicial siempre y

---

<sup>438</sup> En el apartado 4.1 relativo a la situación existente en nuestro ordenamiento jurídico en orden a la posible utilización o no de los datos obtenidos como consecuencia de hallazgos casuales.

<sup>439</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ob.cit. pág. 407.

<sup>440</sup> La posición de la doctrina será objeto de comentario en el apartado relativo a la validez probatoria de los descubrimientos casuales.

cuando exista una autorización judicial expresa a tal fin<sup>441</sup>. En este sentido se han pronunciado entre muchas otras, la S.T.S. de 18.07.2000, 2ª, (RJ 2000/7113) la cual estimó lícita la ampliación del Auto de intervención a otras personas cuando investigando a las autorizadas por la resolución judicial aparecieron otras posibles implicadas<sup>442</sup>.

Especialmente significativa es la S.T.S. de 03.04.1998 (RJ 1998/3282), la cual examinó un caso de supuestos delitos contra la salud pública en el que las medidas de intervención telefónica se llevaron a cabo en los años 1986 y 1987, esto es, con anterioridad a la L.O. 4/1998 de reforma del art. 579 de la L.E.Crim. Dicha resolución aplicando de forma estricta la jurisprudencia del T.E.D.H., decretó la

---

<sup>441</sup> Es claramente significativa la S.T.S. 2ª, de fecha 03.07.2000 (RJ 2000/6821) la cual dispuso en su F.J. 3º: “Lo que sí es exigible en aras de la especialidad es limitar rigurosamente el ámbito de la investigación y reducirlo al de la persona investigada, no siendo por lo tanto lícita la utilización de información alguna atinente a un tercero ajeno a aquélla (deber de reserva material), salvo el régimen atinente a los descubrimientos casuales o hallazgos fortuitos en relación con la concurrencia del grado de conexión entre el hecho investigado y el delito casualmente descubierto”.

<sup>442</sup> Concretamente la citada Sentencia, en su F.J. 3º declaró expresamente: “Examinadas las actuaciones, puede comprobarse que las autorizaciones judiciales de observación telefónicas y de sus prórrogas vienen precedidas de una solicitud policial en las que se indican al Juez las razones que avalan la necesidad de su adopción. Es cierto que las iniciales peticiones de la autoridad policial y las subsiguientes autorizaciones judiciales van dirigidas a la investigación de otras personas distintas de los ahora recurrentes. Pero es cierto también que son los datos obtenidos de las escuchas practicadas bajo la cobertura de la resolución judicial precedente lo que fundamenta la solicitud de extender la investigación a las nuevas personas sobre las que aparecen las sospechas fundadas a las que se refiere la Policía en sus diversos Informes que obran en autos -lo que se conoce como el «hallazgo inevitable»-. Es decir, no estamos en el caso de que, al amparo de una autorización judicial de intervención telefónica para investigar a concretas personas, se investiga a otras distintas, pues hemos comprobado que, cuando a partir de las observaciones legalmente practicadas, los funcionarios policiales advierten datos que apuntan a la intervención en actividades delictivas de otras personas, dan cuenta de ello a la autoridad judicial solicitando u obteniendo autorización para la investigación de estas últimas, que es lo acaecido con los acusados en la instancia”.

observación de las conversaciones telefónicas exclusivamente para las personas investigadas que se citaban y se acordó que en la medida de lo posible la observación no alcanzara a personas no sometidas a investigación, sin perjuicio de que, si el curso de la misma lo aconsejare pudiera el Grupo de Estupefacientes solicitar la ampliación subjetiva de la investigación, para lo cual sería necesaria una nueva autorización judicial (F.J. 3º).

Asimismo la S.T.S., 2ª, de 03.03.1999 (RJ 2000/1109) estimó, en contra de lo sostenido por el Ministerio Fiscal, que de la doctrina sobre los límites materiales, temporales y personales de la cobertura judicial de la intervención telefónica, se deduce que en principio la intervención se limitará a las conversaciones en que es interlocutor la persona titular del teléfono, al que indiciariamente se atribuye el delito investigado, por lo que las escuchas de otras personas, que hablen desde el teléfono intervenido exigirá la ampliación de la intervención a ellas.

Sin embargo, la delimitación entre lo que es la captación ocasional de una conversación telefónica mantenida por una tercera persona ajena a la investigación- la cual se halla salvaguardada por la autorización habilitante- y el descubrimiento de la intervención de una nueva persona que precisa de una nueva autorización judicial atendida su posición claramente participativa, no se halla sometida a criterios claramente establecidos, sino que deberá estarse al caso concreto, y la actuación judicial deberá prestar especial atención al principio de proporcionalidad.

Un claro ejemplo de ello lo es la S.T.S., 2ª, de 31.10.2003 (RJ 2004/83), la cual estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, que alegaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y solicitaba la anulación de la sentencia recurrida y que en su lugar se dictase otra por el mismo Tribunal en la que se valorasen las intervenciones telefónicas practicadas respecto de terceras personas ajenas a la investigación así como las pruebas practicadas en el juicio, toda vez que las medidas de intervención telefónicas adoptadas estaban justificadas y debidamente motivadas<sup>443</sup>.

Ahora bien, si de la investigación inicial acordada respecto de una determinada persona, se deduce claramente la intervención activa de una tercera persona no titular de la línea telefónica intervenida –con independencia de la relación que tenga ésta con el sujeto investigado– que demuestra tener conocimiento sobre los ilícitos objeto de la causa, lo lógico y proporcionado será otorgarle también el mismo status de persona investigada, ampliando así el ámbito subjetivo de la investigación, puesto que lo contrario supondría privarle de las garantías inherentes a toda intervención telefónica como son principalmente el estricto control judicial y la motivación de la medida.

Así la S.T.S. de 15.06.1999 (RJ 1999/3888) amplió el espectro del alcance subjetivo de la investigación al acordar la intervención del teléfono de una persona no sospechosa, toda vez que se tenían

---

<sup>443</sup> El F.J. 5º de la indicada Sentencia declara: “Se vulneró por tanto en la sentencia recurrida el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Ministerio Fiscal recurrente, al haberse estimado indebidamente que las intervenciones telefónicas lesionaron el derecho al secreto de las comunicaciones, y al acordarse incorrectamente que no fueran tenidas en cuenta como material probatorio ni las conversaciones telefónicas, ni las demás pruebas traídas al juicio”.

sospechas fundadas de que a través de su teléfono se podrían mantener conversaciones o recibir mensajes, cuyo contenido podía ser de interés para la investigación en marcha, casos en los que tal y como indica la resolución deberá extremarse la motivación ya que al mismo se afecta al derecho a la intimidad y al derecho al secreto de las comunicaciones de personas, que en principio no están implicadas con la investigación en curso.

Cosa distinta, sería que la “notitia criminis” se obtuviera de una tercera persona ajena a la investigación que voluntariamente cuenta lo que le han comunicado otras personas por teléfono, caso contemplado por la S.T.S., 2ª, de 03.03.1998 (RJ 1998/2344). Concretamente una persona con la que se comunicaba en ocasiones por teléfono alguien que le daba instrucciones para la realización de una operación de tráfico de drogas, decidió testificar sobre las órdenes recibidas, pero sin que, en modo alguno se hubiera procedido por personal policial a sorprender las comunicaciones telefónicas mismas a que el testigo había hecho referencia, con lo que no fue preciso en el caso, adoptar las precauciones necesarias para legitimar intervención de teléfonos alguna, ni, consecuentemente, poderse plantear cuestión sobre la legitimidad de las fuentes de donde la «notitia criminis» procedía<sup>444</sup>.

---

<sup>444</sup> La referida Sentencia no podría ser más clara al sostener en su F.J. 1º que: “Pero es preciso para la entrada en funcionamiento de todas las prevenciones protectoras del fundamental derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones entre individuos por vía telefónica, que, en efecto, se haya sorprendido subrepticamente tales comunicaciones lo que patentemente no sucede cuando alguno de los intervinientes en la comunicación, voluntariamente, decida comunicar a otras personas lo que por vía del teléfono haya sabido, constituyendo de tal modo una legítima forma de información a las autoridades encargadas de la averiguación y persecución de los delitos, porque es ya entonces irrelevante que el participante haya obtenido los conocimientos o datos que luego comunica por vía telefónica, toda vez que no se ha recurrido a la intervención por personas ajenas a la comunicación a sorprenderlas mediante escuchas desconocidas por los que en las conversaciones telefónicas han intervenido”.



Respecto de la cuestión de la validez probatoria de los hallazgos casuales cuando éstos afecten al ámbito subjetivo, nos pronunciaremos en el apartado relativo a la validez probatoria de los descubrimientos casuales, en el que como veremos existen posiciones doctrinales claramente contrapuestas.

### **3.2) Análisis de la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H.**

Tal y como ya hemos hecho referencia con anterioridad, ha sido la jurisprudencia del T.E.D.H. la que ha marcado las directrices y ha sentado las bases de un sólido cuerpo doctrinal sobre el fenómeno de los hallazgos casuales, siendo de destacar las Sentencias como las que resuelven los casos Klass, Malone y Krusvig, que más adelante comentaremos, doctrina que permite sin paliativos la potencialidad a efectos de investigación y prueba de las revelaciones deducidas de los hallazgos casuales, si bien sometiéndoles a estrictos deberes de control y salvaguardia jurisdiccional.

Así lo ha reconocido nuestro T.C. en sus Sentencias 49/1996, de 26 de marzo (RTC 1996/49) y S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166), las cuales se muestran muy exigentes en la necesidad del dictado de una autorización judicial que regularice la eventualidad del descubrimiento de ese *alterius*, para lo cual es imprescindible que tan pronto se haga ese descubrimiento, se ponga dicha circunstancia en conocimiento de la autoridad judicial<sup>445</sup>.

---

<sup>445</sup> La S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, concluyó que era lícita la valoración de las pruebas, que aunque se encuentren conectadas desde una

Es de destacar la citada S.T.C. 49/1996, de 26 de marzo, en cuyo F.J. 3º resume la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. al declarar:

“El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención, y **en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otro caso** (Sentencia TEDH, caso Klass, de 6 de septiembre de 1978, caso M., de 2 de agosto de 1984, y caso K. de 24 de abril de 1990), **las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada**”. (negrilla mía).

Procede ahora analizar con más detenimiento las principales y más relevantes Sentencias dictadas por el T.E.D.H. en orden al fenómeno de los denominados hallazgos casuales.

a) S.T.E.D.H. de 06.09.1978, Caso Klass .-

Con carácter previo, procede indicar que a diferencia de lo que sucede en el resto de sentencias que seguidamente analizaremos, en la

---

perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes, siempre y cuando se haya llevado a cabo un estricto control judicial de la medida en todas sus fases - esto es, en el momento mismo de autorizarse medida, en la ejecución policial y en el posterior control judicial-.

presente resolución el T.E.D.H. estimó que no se había violado el art. 8 del C.E.D.H..

Cinco ciudadanos alemanes, los Sres. Klass, Lubberger, Nussbruch, Pohl y Selb, acudieron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando la violación del art. 8.2 del Convenio, basando su demanda en que la promulgación en su país de la Ley Fundamental y una ley promulgada a raíz de ésta, Ley de 13.08.1978 (conocida como G-10), ocasionaba una restricción del secreto de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones.

Procede precisar que los demandantes no rebatían al Estado el derecho a recurrir a las medidas de vigilancia previstas en la legislación sino que atacaban a ésta al permitir estas medidas sin obligar a las autoridades a avisar “a posteriori” a las personas conforme habían sido sometidas a unas medidas de vigilancia y por excluir cualquier recurso ante los Tribunales contra la adopción y ejecución de medidas semejantes. Dicho en otras palabras, los demandantes aceptan dichos poderes de vigilancia pero estiman necesario establecer garantías adecuadas a fin de evitar abusos<sup>446</sup>.

El Tribunal señala que la legislación incriminada<sup>447</sup> instituye un sistema de vigilancia que expone a cualquiera, en la República Federal

---

<sup>446</sup> Los demandantes se quejaban esencialmente de que el interesado no es siempre informado tras el cese de la vigilancia y no se encuentra, pues, en situación de interponer un recurso efectivo ante los tribunales. Temen que las medidas se han aplicado de manera irregular, sin que el individuo lo sepa o pueda apreciar el alcance de la vulneración sobre sus derechos.

<sup>447</sup> Concretamente, el artículo 10.2 de la Ley Fundamental permite ordenar restricciones al secreto de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones, pero solamente sobre la base de una ley. El artículo 1.1 de la G 10 habilita a ciertas autoridades para abrir y controlar correspondencia y envíos

de Alemania, al control de su correspondencia, de sus envíos postales y de sus telecomunicaciones, sin que nunca lo sepa, a menos que se dé una indiscreción o una notificación posterior en las circunstancias indicadas por la sentencia del Tribunal Constitucional Federal (apartado 11 supra). Dicha legislación afecta directamente a todo usuario o posible usuario de los servicios postales y de telecomunicaciones de la República Federal de Alemania. Además, el Tribunal señala que tal y como han constatado los delegados, se puede denunciar esta amenaza de vigilancia como una limitación por sí misma de la libertad de comunicarse por medio de estos servicios y constituye, pues, para cada usuario o posible usuario, un atentado directo al derecho garantizado por el artículo 8.

Una de las principales consideraciones del Tribunal es que a pesar de que el párrafo primero del art. 8 del Convenio no menciona las conversaciones telefónicas, hay que entender las mismas comprendidas en las nociones de vida privada y de correspondencia que sí señala el texto.

La principal cuestión que se planteó en el caso Klass en relación con el artículo 8 consistía en saber si los términos del párrafo 2 justifican la injerencia así constatada. Pues bien, tal y como razona el Tribunal, característica del Estado-policial, el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos sólo es tolerable según el Convenio como medida estrictamente necesaria en la salvaguarda de las instituciones

---

postales, leer los mensajes telegráficos, escuchar y registrar las conversaciones telefónicas (apartado 17 supra). El Tribunal sólo puede examinar, bajo el ángulo del artículo 8 la autorización para tales medidas y no, por ejemplo, la vigilancia secreta aplicada en virtud del Código de Procedimiento Penal (apartado 25 supra).

democráticas y seguidamente establece la doctrina que ha sido posteriormente aplicada en numerosas ocasiones a fin de que la injerencia sea lícita: deber estar prevista en la ley; si dicha medida es necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de delitos penales<sup>448</sup> y deben existir ciertas garantías de control para evitar abusos.

El Tribunal constató, vista la naturaleza del control y de las otras salvaguardas previstas por la G 10, que la exclusión del control judicial no transgredía los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática.

El Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros de la salvaguarda de los derechos individuales. En el contexto del artículo 8 esto significa que hay que buscar un equilibrio entre el ejercicio por el individuo del derecho que le garantiza el párrafo 1 y la necesidad, según el párrafo 2, de imponer una vigilancia secreta para proteger a la sociedad democrática en su conjunto.

Como consecuencia de todas las anteriores consideraciones y de un examen detallado de la legislación cuestionada por los demandantes, el Tribunal concluye que el legislador alemán está fundado en considerar la injerencia resultante de esta injerencia en el ejercicio del derecho consagrado por el art. 8.1 del Convenio, como necesaria en una

---

<sup>448</sup> El Gobierno sostuvo que en base a dichos razonamientos tales medidas de injerencia estaban sobradamente justificadas.

sociedad democrática, para la seguridad, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales (art. 8.2 del Convenio).

b) S.T.E.D.H. de 24.04.1990 caso Kruslin<sup>449</sup> .-

El caso Kruslin se centra en el marco de unas investigaciones realizadas para aclarar el asesinato de un banquero francés, en el que el Juez de Instrucción competente ordenó la interceptación de la línea telefónica de uno de los sospechosos. A raíz de las conversaciones mantenidas por el señor Kruslin, quien se encontraba en la casa del sospechoso y utilizaba su teléfono de forma ocasional, la policía judicial que realizaba la interceptación encontró evidencias de la participación de aquél, no sólo en el delito que dio origen a la mencionada orden de intervención telefónica, sino de la comisión de otro asesinato diferente. Consecuentemente, el señor Kruslin fue condenado por ambos delitos.

El interesado acudió ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando la violación del art. 8 del Convenio –derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia-, a consecuencia de la interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas que le involucraron en la acusación del segundo de los delitos. Tanto la Comisión como el Tribunal concluyeron que se violó el art. 8 del Convenio.

---

<sup>449</sup> La misma Sala del T.E.D.H. conoció de este caso y también del llamado caso Huvig y los falló en dos sentencias de la misma fecha, siendo idénticos los fundamentos jurídicos de ambas y la estimación de que se había violado el art. 8 del C.E.D.H..

Efectivamente esta resolución concluyó que la intervención telefónica supuso una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del investigado al respeto de su correspondencia y de su vida privada y que una injerencia de dicha naturaleza no infringiría el art. 8 del Convenio, salvo que estuviese prevista por la ley, persiguiera uno o más fines legítimos y fuese necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlos.

Respecto a las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las comunicaciones, se pronunció en el sentido de considerar que son un grave ataque a la vida privada y a la correspondencia, por lo que deben fundarse en una “ley” de singular precisión. Declaró además que es indispensable que las normas sean claras y detalladas, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos utilizables se perfeccionan continuamente.

Así pues, en esta Sentencia se hacía expresa referencia a las garantías mínimas necesarias para evitar los abusos, y asimismo se ponía de relieve el problema que en la materia relativa a la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones planteaba la legislación vigente en Francia, observándose que las disfunciones con el contenido del artículo 8 del Convenio afectaban al requisito antes referido de la previsibilidad, y se concretan en la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a la injerencia; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas; las precauciones que se deben tomar para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, con el

fin de ser controladas eventualmente por el Juez y la defensa y las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de dichas cintas, sobre todo tras un sobreseimiento o una absolución.

En resumen, dicha Sentencia estimó que el Derecho Francés, en el momento en que se llevaron a cabo las interceptaciones telefónicas, no establecía con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia, de tal modo que los recurrentes ante el T.E.D.H. no disfrutaron del mínimo de protección que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática.

Esta referencia a los precedentes de la Sentencia que venimos comentando nos sirve para calibrar cuál ha sido la reacción en una y otra legislación, con independencia de que entre las que hacen referencia a nuestra norma procesal haya habido una reforma legislativa que, como ya hemos anticipado, se revela insuficiente para completar los estándares de garantía exigidos conforme al Convenio y su interpretación jurisprudencial, pudiendo comprobar cómo la respuesta del legislador francés fue casi inmediata, pues la Ley n° 91-646 de 10 de julio de 1991, posterior en poco más de un año a las Sentencias Kruslin y Huvig, introducirá las normas contenidas en los artículos 100 a 100-7 del Code de Procedure Penale que regulan concienzudamente los requisitos materiales y formales para la adopción de la medida altamente injerente en el derecho fundamental.



c) S.T.E.D.H. de 24.08.1997 caso Lambert .-

El Sr. Lambert apeló a la Comisión alegando que la intervención de ciertas conversaciones telefónicas utilizadas contra él constituía un ataque al respeto de su vida privada y de su correspondencia, contrario al art. 8 del Convenio, y asimismo sostenía que no dispuso de recurso efectivo ante el Tribunal de Casación, vulnerándose con ello el art. 13 del Convenio.

Más concretamente, el demandante estimaba que la decisión del Tribunal de casación de negarle cualquier legitimación para impugnar las escuchas telefónicas de las que fue objeto, debido a que fueron efectuadas en la línea de un tercero, conlleva de por sí la violación del art. 8 del C.E.D.H..

El Tribunal declaró que se había violado el art. 8 del Convenio toda vez el Sr. Lambert no gozó de un debido control eficaz de la medida de intervención telefónica, tras las siguientes consideraciones:

- El desarrollo de la instrucción tuvo lugar en el marco de una investigación judicial abierta principalmente por los cargos de robos y tenencia de armas, en la cual se acordó la práctica por parte de la Gendarmería de establecer un dispositivo de escuchas telefónicas en una línea atribuida a uno de los sospechosos. Tras la expiración de la primera autorización judicial se acordaron varias prórrogas.

Tras estas escuchas y la interceptación de alguna de sus conversaciones, el Sr. Lambert fue acusado de encubrimiento de robo con agravante y detenido.

- El Tribunal de casación consideró que el Sr. Lambert no estaba legitimado para criticar las condiciones en las que se había ordenado la prórroga de la intervención telefónica en una línea atribuida a un tercero, o dicho de otro modo, que una persona víctima de escuchas telefónicas, pero no titular de la línea, no dispone de legitimación activa para invocar la protección de la ley nacional o la del art. 8 del C.E.D.H..

- Si bien es cierto que la injerencia litigiosa tenía una base legal en derecho francés (arts. 100 y ss. del Código procedimental penal) en orden a las escuchas telefónicas la cual responde a las exigencias del C.E.D.H., dicha normativa no hace distinción según quién sea el titular de la línea intervenida, por lo que hay que constatar que el razonamiento del Tribunal de casación podría causar indefensión a un gran número de personas, esto es, a todas aquellas que conversan por una línea telefónica que no es la suya.

d) S.T.E.D.H. de 29.03.2005 (JUR 2005/102244) caso Matheron .-

El demandante Sr. Robert Matheron, ciudadano francés, el cual había sido condenado por un delito de tráfico de estupefacientes, interpuso demanda ante el T.E.D.H. alegando en síntesis, una violación del artículo 8 del Convenio debido a la imposibilidad de discutir el hecho de que se aportara a su expediente la transcripción de escuchas telefónicas realizadas en el marco de unos procesos ajenos a su persona, que estimaba constituían la clave de los cargos presentados contra él.

Procede indicar que el enjuiciamiento del Sr. Matheron no tuvo lugar en el marco del proceso que dio lugar a las escuchas, sino más tarde, una vez concluido este proceso, por otro juez que llevaba a cabo las investigaciones sobre delitos de naturaleza radicalmente diferente. El demandante estimaba que sus previos recursos se habían rechazado por el hecho de que el mismo no había tenido posibilidad alguna de controlar la validez de las escuchas.

El Gobierno señaló que este caso no era comparable ni tampoco era posible realizar paralelismo alguno con el asunto Lambert ya que considera que las escuchas telefónicas jugaron un papel secundario en el proceso diligenciado contra el demandante. El Gobierno estimó que si bien la transcripción de las escuchas al expediente del Sr. Matheron constituyó indiscutiblemente una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada del demandante, dicha transcripción era perfectamente conforme a las exigencias del párrafo 2 del art. 8 del C.E.D.H.. En este sentido, el Gobierno consideró que la injerencia estaba prevista legalmente toda vez que las escuchas telefónicas se hallaban reguladas en los arts. 100 a 100-7 del Código Penal y que la aportación de la transcripción de una escucha telefónica de un expediente de instrucción a otro está prevista en el art. 81 del mismo Código. Finalmente, estimaba que todo ello perseguía una finalidad legítima, cual era permitir el esclarecimiento de la verdad y la defensa del orden.

La principal razón por la cual este asunto se distinguía del caso Lambert según el Gobierno es que las escuchas realizadas en el marco de otro proceso (caso Nancy) fueron objeto de un control eficaz por los dos jueces de instrucción sucesivos bajo la autoridad de las cuales fueron puestas en marcha. Por el contrario, el demandante señalaba

que las decisiones de los tribunales franceses privan a una persona del derecho a quejarse de la vulneración del derecho a su vida privada, cuando la escucha tiene lugar en el marco de un proceso en el que no es parte.

Por tanto, la labor del T.E.D.H. era constatar si el Sr. Matheron dispuso de un control eficaz para examinar las escuchas telefónicas de las que fue objeto. El Tribunal a diferencia de lo sostenido por el Gobierno, consideró que el sólo hecho de que las escuchas en litigio habían sido ordenadas por un juez y realizadas bajo su control, ello no implica *ipso facto*, la legalidad de sus escuchas y su conformidad con el art. 8 del Convenio, toda vez que tal afirmación implicaría la inutilidad de todo recurso para los interesados, criterio que comparto plenamente.

El Tribunal concluyó que efectivamente había habido una violación del art. 8 del C.E.D.H. por entender que el demandante no pudo disfrutar de la protección efectiva de la Ley nacional, que no distingue según el proceso en el marco del cual fueron ordenadas las escuchas.

Por tanto, del examen jurisprudencial realizado en orden a la vertiente de la ampliación subjetiva que el hallazgo casual puede suponer, procede concluir que la doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. estima que se ha producido una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas básicamente por el hecho de que los afectados no dispusieron de un control eficaz de las intervenciones telefónicas acordadas en el marco de otro proceso.

#### **4) ¿Son utilizables los datos obtenidos fortuitamente? Validez probatoria de los descubrimientos casuales**

##### **4.1) Situación existente en nuestro Ordenamiento Jurídico**

La principal problemática de los hallazgos casuales radica en decidir si es posible o no la utilización de los resultados obtenidos, y en su caso, el grado de utilización permitido.

Nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por su deficiente regulación de las medidas de intervención telefónica toda vez que la parquedad del art.18.3 de la C.E. no es suplida en modo alguno por el principal precepto (art. 579 L.E.Crim.<sup>450</sup>) dedicado a dicha medida, puesto que el mismo no prevé los supuestos en que puede adoptarse ni indica las garantías que deben observarse para su autorización<sup>451</sup>.

Como punto de partida se debe atender a lo dispuesto en el art. 586 de la L.E.Crim. que, al regular la utilizabilidad de las informaciones obtenidas por medio de la intervención de la correspondencia entiende conservable sólo aquella “que haga referencia a los hechos de la causa” reiterando el art. 587 “que la correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante”.

---

<sup>450</sup> El apartado 3º del art. 579 de la L.E.Crim. únicamente dispone que es lícita la intervención telefónica en cualquier caso en que concurren “indicios de responsabilidad criminal”.

<sup>451</sup> Sin embargo, curiosamente la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sí que hace referencia a la validez probatoria de los hallazgos casuales, al disponer en su art. 34.6 que si en virtud de un registro domiciliario, se descubrieran datos o informaciones que no estuvieran en relación directa con los fines de la ley no podrán ser utilizados.

Ahora bien, el principal obstáculo para poder proponer una solución satisfactoria a los descubrimientos casuales se centra en el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos tales como el alemán o el italiano<sup>452</sup>, no existe un catálogo de delitos tipificados establecido por el legislador que justifiquen la adopción de una medida de intervención telefónica, pero ello no supone en modo alguno que la intervención telefónica pueda ordenarse en el marco de un proceso penal para cualquier tipo de infracción legal<sup>453</sup>.

---

<sup>452</sup> Efectivamente, en el caso de Alemania es la Ley Procesal Penal Alemana (St.Po.) la que dispone de forma taxativa los delitos que por su gravedad pueden justificar la adopción de una medida de intervención telefónica. Al cumplir así el legislador alemán con el principio de proporcionalidad, ponderando la limitación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones personales con el fin público de un eficaz ejercicio del *ius puniendi* estatal, la doctrina y la jurisprudencia, resuelven si bien de formas distintas la problemática de los hallazgos casuales, tal y como lo expone claramente LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit. págs. 72 y ss.

La jurisprudencia alemana admite la posibilidad de utilizar los conocimientos adquiridos fortuitamente, ya se refieran al propio imputado o a terceros, siempre y cuando quepa afirmar una cierta conexión entre el hecho descubierto casualmente y algún hecho delictivo de los catalogados en el art. 100 StPo, sea éste el investigado con la medida de intervención que produce el hallazgo fortuito o no.

Sin embargo, dicha solución es criticada por los autores alemanes por considerarla demasiado amplia, proponiendo soluciones mucho más limitadas: frente al imputado en el proceso en el que se produce la intervención telefónica sólo podrán utilizarse los descubrimientos casuales relativos a delitos catalogados, y frente a terceros únicamente cuando el descubrimiento se refiera a un hecho delictivo de los investigados con la medida de intervención telefónica que dio ocasión para su descubrimiento.

En Italia, es el Código Procedimiento Penal de 1988, cuyo art. 266, establece un listado *numerus clausus* de los delitos que pueden ser susceptibles de motivar una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. En el Derecho Italiano, sobre la base de dicha limitación de delitos, se resuelve indirectamente el problema de los descubrimientos casuales, admitiendo excepcionalmente la utilización de los resultados obtenidos con una intervención telefónica en un proceso distinto de aquel en que fue autorizada, cuando sean indispensables para el enjuiciamiento del delito, siempre y cuando sea obligatorio para el mismo la detención o arresto en caso de flagrancia.

En Inglaterra es el art. 2 de la Interception of Communications Act de 1985 el cual establece el listado de delitos susceptibles de investigar mediante una medida de intervención telefónica.

<sup>453</sup> Como ya señalamos con anterioridad si bien la L.E.Crim. no hace mención alguna a dicha cuestión, conforme a pacífica y reiterada doctrina, si atendemos a la necesaria proporcionalidad que debe regir en la adopción de una medida de

A pesar de ello, nuestro Alto Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones en el sentido de otorgar validez probatoria a los hallazgos casuales, y ofreciendo una doble posibilidad en orden a su tratamiento consistente en: ampliar la línea de investigación ya existente –piénsese en el caso de los delitos conexos que pudieran ser seguidos en una misma causa conforme el art. 17 de la L.E.Crim.- o bien en iniciar una nueva línea de investigación, tal y como ya hemos comentado en el apartado relativo a la ampliación objetiva de la medida.

Lo cierto es que de la jurisprudencia analizada se desprende la imperiosa necesidad de la inmediata puesta en conocimiento al Juez de Instrucción que dirige la investigación a fin de que el mismo legalice dichos nuevos conocimientos y decida en su caso, continuar con la investigación que ya se halla en marcha o bien abrir una nueva línea de investigación. Dicho requisito es también exigido por el T.C. por remisión a la jurisprudencia del T.E.D.H. siendo de destacar la S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, anteriormente comentada<sup>454</sup>.

Así la S.T.S., 2ª, de 12.12.2000 (RJ 2000/9755)<sup>455</sup> hace referencia a esta doble posibilidad en el sentido de otorgarle validez probatoria tanto a nivel de servir de prueba en otro juicio, dado que el conocimiento de la infracción es a todas luces lícito al fundarse en un acto de inmisión en la intimidad del investigado igualmente lícito, como

---

intervención telefónica, sólo los delitos graves son los que pueden justificar la adopción de una medida, habiendo sido la jurisprudencia la que ha realizado una importante labor en orden a determinar los tipos delictivos concretos.

<sup>454</sup> Véase el apartado relativo a la ampliación subjetiva.

<sup>455</sup> Dicha sentencia se refiere a los descubrimientos casuales como el conocimiento de un hecho relevante para el descubrimiento de la comisión de una determinada infracción criminal no objeto de investigación en la actuación de injerencia.

de permitir la continuación o el inicio de una nueva línea de investigación sobre tal descubrimiento, siempre y cuando se disponga de la pertinente autorización judicial ampliatoria para ello.

En directa relación con la anterior resolución, se halla la S.T.S., 2ª, de 18.02.2002 (RJ 2002/6683), la cual con cita de numerosa jurisprudencia precedente sobre la materia<sup>456</sup>, concluye que aquellas pruebas casualmente descubiertas en una investigación judicial no carecen de valor cuando han sido halladas por medio de diligencias procesales legalmente admisibles para la investigación del delito de que se trate, motivo por el que estima que el principio de especialidad no puede ser puesto en duda.

Por su parte, la S.T.S., 2ª, de 21.07.2000 (RJ 2000/6772) dispone que es imprescindible el acatamiento al principio de proporcionalidad en los procesos en que surja la cuestión de los hallazgos casuales, concluyendo que solamente puede ser utilizado como prueba aquello que se refiera a delitos que puedan ser objeto de una intervención telefónica independiente, basándose para ello en la doctrina emanada del Derecho Comparado<sup>457</sup>.

---

<sup>456</sup> Así en su F.J. 3º cita las S.S.T.S. de 23.11.1998 (RJ 1998/9198); de 21.07.2000 (RJ 2000/6772); de 12.12.2000 (RJ 2000/9755) y de 22.01.2001 (RJ 2001/1676).

<sup>457</sup> El F.J. 2º de dicha sentencia establece: “Es cierto que a diferencia de los derechos alemán, italiano y francés vigentes, el nuestro no contiene una limitación de los delitos en los que resulta procedente la medida. Sin embargo, ello no afecta la previsibilidad del ciudadano, dado que la jurisprudencia ha establecido que su adopción está sometida al principio de proporcionalidad y de allí se deduce que sólo cabe en los delitos graves, pues se trata de una injerencia muy considerable no sólo en el derecho a la intimidad -incluso de terceros no sospechosos- sino también de los derechos fundamentales del debido proceso” (art 24.2 CE).



La jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales ha adoptado y aplica de forma rigurosa la necesaria observancia del principio de proporcionalidad establecido por el T.S. a fin de atorgar validez probatoria a los hallazgos casuales.

Un claro ejemplo de ello, lo constituye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, 3ª, de 27.12.2001, (JUR 2002/69464), la cual analiza un caso en el que los agentes policiales se encontraron con un nuevo delito (tráfico de drogas) distinto al investigado (muerte o desaparición de un individuo), de tal modo que al tratarse de un delito que atendida su naturaleza ya se estaba produciendo (la droga estaba siendo transportada) si no hubiesen adoptado las medidas necesarias para la interceptación de los presuntos autores del mismo, se habrían frustrado las expectativas de detención, justificando la validez probatoria de la información obtenida en base a la reiterada y pacífica doctrina del T.S. sobre el particular<sup>458</sup>.

Por último, la S.T.S., 2ª, de 30.03.1998 (RJ 1998/2956) acudió al concepto de flagrancia delictiva para justificar jurisprudencialmente la licitud probatoria de los hallazgos casuales y en la misma línea la S.T.S., 2ª, de 03.10.1996 (RJ 1996/7018) justifica la licitud probatoria de los hallazgos casuales con la aplicación de los arts. 17.5 y 300 de la L.E.Crim. por entender que no existe novación del objeto de la

---

<sup>458</sup> El F.J. 1º de la referida sentencia es muy clara al disponer: "En este sentido nuestro Tribunal Supremo ha venido admitiendo la legitimidad del hallazgo casual de distinto delito a través de intervenciones telefónicas practicadas para el descubrimiento de una infracción concreta, entre otras en la STS de 21-7-00 (RJ 2000, 6772), que recoge el derecho procesal europeo como punto de apoyo para complementar nuestra escasa legislación sobre el tema, en la cual se establece que "la regla que rige al respecto viene a establecer que si los hallazgos casuales fueron obtenidos en condiciones en las que se hubiera podido ordenar la interceptación de las comunicaciones telefónicas, la utilización de los mismos en otra causa no vulnera ningún derecho".

investigación, sino simple adición a éste. Sin embargo, dicha justificación no es compartida por un sector de la doctrina, tal y como más adelante comentaremos.

En el ámbito de la doctrina del T.C., son numerosas las resoluciones que se han dictado sobre la licitud probatoria o no de las pruebas obtenidas como consecuencia de un hallazgo o descubrimiento casual y en definitiva, sobre la discusión en orden a la aplicación o no de la regla de exclusión del proceso de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Ahora bien, en honor a la verdad, lo cierto es que la mayor parte de ellas hacen referencia a casos en los que se invoca la inviolabilidad domiciliaria, debido a su fuerte vinculación con la posibilidad de aplicar la regla de la exclusión probatoria, ya que es lógico entender que con la tarea policial de investigación de delitos y de recogida de fuentes de prueba relacionadas con los mismos se choque fácilmente con la citada excepción.

Es por ello por lo que creo conveniente precisar que el debate respecto a la licitud o no probatoria de las pruebas obtenidas como consecuencia de un hallazgo casual en un registro domiciliario de un ciudadano sin su consentimiento y sin autorización judicial alguna - conducta constitutiva de un delito contra la inviolabilidad domiciliaria del art. 534.1 del C.P.- no estriba en el hecho de decidir si la diligencia debe continuar o detenerse<sup>459</sup>, pues es obvio que debería proseguir para

---

<sup>459</sup> Tal y como parece señalarse en muchos pronunciamientos del T.S. como es el caso a modo de ejemplo de la STS, de 18.10.1993 (RJ 1993/7359), la cual recurrió al argumento que pudiera considerarse como de rechazo de toda interpretación que conduzca al absurdo, declarando en su F.J. 3º: “en todo caso parece absurdo pensar que una diligencia de registro domiciliario acordada para encontrar objetos robados por ejemplo, vaya a detenerse a tal motivo si allí aparecieran cadáveres o armas”. Esta postura fue también la sostenida por las S.S.T.S., 2ª, de 04.10.1996 (RJ 1996/7053) y de 27.04.1998 (RJ 1998/3817).

retirar las armas o los estupefacientes que se hubieren hallado- sino la calificación jurídico-procesal que debería merecer la prueba representada por la aparición de tales objetos (armas, estupefacientes, etc).

En este sentido, merece hacer referencia a la S.T.C. 22/2003, de 10 de febrero<sup>460</sup> (RTC 2003/22) la cual aportó importantes novedades en esta materia, ya que admitió por primera vez en nuestro país la excepción de buena fe creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano<sup>461</sup> y que conduce a reconocer la validez de pruebas directamente obtenidas con violación de derechos fundamentales si concurre una razonable buena fe por parte del infractor.

En síntesis, la problemática que se plantea gira entorno a discernir sobre si deben rechazarse las pruebas obtenidas como consecuencia de la violación de un derecho fundamental en el caso de que concurra una razonable buena fe por parte del sujeto infractor.

Ciertamente dicha sentencia marca un importante hito al aplicar dicha excepción, si bien al estar ello en directa relación con la cuestión sobre la eficacia de las pruebas obtenidas con violación de derechos

---

<sup>460</sup> Como ya hemos comentado con anterioridad, esta resolución también destacó en otro aspecto relativo al derecho a la inviolabilidad del domicilio y en concreto con la entrada legítima en domicilio por consentimiento del titular, declarando la falta de legitimación del cónyuge del acusado y víctima del delito para autorizar el registro policial del domicilio común.

<sup>461</sup> Denominada “good faith exception”. Sobre la introducción y evolución de la excepción de buena fe en los Estados Unidos, merece destacar a FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: La prueba en el proceso penal II. “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilícitamente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial IX*, 1996, págs. 55 a 80.

fundamentales, será objeto de un detenido análisis en el próximo capítulo<sup>462</sup>.

También ha sido muy importante la labor de análisis llevada a cabo por la doctrina, si bien como veremos, existen ciertas discrepancias en orden a la validez probatoria de los conocimientos adquiridos como consecuencia de descubrimientos casuales o fortuitos.

LÓPEZ-FRAGOSO<sup>463</sup> comparte la posición de la doctrina alemana al considerar que el criterio más apropiado para decidir sobre la admisibilidad o no de los hallazgos casuales es el de la conexión, de tal modo que habrá de tener en cuenta dos factores, el objetivo y el subjetivo, debiéndose confrontar el hecho delictivo descubierto casualmente con el fundamento de la medida que en su ejecución permitió adquirir el conocimiento adquirido, y asimismo con el sujeto pasivo de la medida.

---

<sup>462</sup> Sin embargo, podemos en este momento avanzar en el sentido que la doctrina ya había anunciado que el Tribunal Constitucional no iba a tardar en admitir excepciones a la regla de exclusión de pruebas obtenidas directamente con violación de derechos fundamentales. Así, se posicionó de una forma destacada GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, pág. 128.

Tal y como tendremos ocasión de comprobar, la única consideración que había hecho el Tribunal Constitucional sobre la buena fe en el ámbito de la regla de exclusión se sitúa en el terreno de las pruebas reflejas, esto es, de aquellas pruebas que, aun conseguidas de forma lícita, son consecuencia de otras obtenidas de modo contrario a los derechos fundamentales.

<sup>463</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 72 y ss.. Dicho autor entiende que el legislador español debe cumplir con el principio de proporcionalidad, limitando los delitos para cuya investigación se permite la intervención telefónica. A pesar de ello, entiende que la limitación objetiva es una exigencia del art. 8.2 del CEDH, donde se condiciona el control de las comunicaciones personales a la alta criminalidad, según se desprende de la jurisprudencia del TEDH, como en el caso KLASS, sentencia de 06.09.1978.

Dicho autor sostiene que teniendo en cuenta los presupuestos y los límites de la medida de intervención telefónica y en atención a su naturaleza de medida restrictiva de un derecho fundamental, los descubrimientos casuales únicamente podrán utilizarse en los supuestos en que se dé un grado de conexión tal que permitiera su subsunción en los casos de los delitos conexos del art. 17 de la L.E.Crim., ya que con ello se respetaría la condición de tratarse del mismo proceso que se deduce del art. 579. 2 de la L.E.Crim..

Ahora bien, tal y como el mismo apunta, ello no significa que la adquisición de estos conocimientos no pueda tener ninguna consecuencia jurídica, sino que dicha *notitia criminis* deberá ser puesta de inmediato en conocimiento del Juez, a fin de que tras las comprobaciones necesarias, acuerde la apertura de unas nuevas diligencias previas completamente independientes para su oportuna investigación.

Así conforme LÓPEZ-FRAGOSO cabría afirmar que no sería utilizable un hallazgo casual cuando el conocimiento se refiera a un hecho delictivo totalmente independiente del investigado en el proceso ya iniciado o cuando se refiera a un tercero no sujeto pasivo de la misma.

Además resulta especialmente ilustrativo el ejemplo que dicho autor realiza respecto de la posibilidad de utilización de los objetos o instrumentos descubiertos en una diligencia de entrada y registro que pudieran hacer sospechar de la supuesta comisión de un delito cuya naturaleza no guardase conexión alguna con el que ha motivado el mandamiento de entrada y registro.

Dicho autor llega a la conclusión que la única solución es que si el objeto hallado era de los expresamente buscados en la diligencia de entrada y registro, el mismo estaría amparado por el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.) por lo que su aprehensión requerirá el consentimiento del titular, o en su caso, una ampliación de la resolución judicial por virtud de la cual se ha practicado la entrada y registro a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 11.1 de la L.O.P.J.<sup>464</sup>.

En definitiva, según LÓPEZ-FRAGOSO debe realizarse una interpretación restrictiva sobre la posible utilización de los descubrimientos casuales obtenidos en virtud de una intervención telefónicamente legalmente autorizada.

En la misma línea se sitúa RODRÍGUEZ RAMOS<sup>465</sup> según el cual la solución jurídica que debe aplicarse a los hallazgos casuales, en tanto que una futura ley no lo regule, gira en torno a la conexión o no de los hechos descubiertos con el propio objeto de la investigación (art. 17 L.E.Crim)<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> El art. 11.1 de la L.O.P.J. es del tenor literal siguiente: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

<sup>465</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Intervenciones telefónicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal*, ob. cit. pág. 89.

<sup>466</sup> En muy parecidos términos se pronuncia ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob. cit., pág. 115, el cual defiende la posibilidad de hacer uso de la información obtenida como consecuencia de un hallazgo casual siempre y cuando tengan relación con los delitos conexos del art. 17 L.E.Crim. y sobre la misma base entiende que se encontrarían los supuestos incardinables en el art. 69 bis del C.P. relativos a los denominados delitos continuados o en masa.

En síntesis su propuesta contempla una doble posibilidad: si los hechos descubiertos guardan relación con los que son objeto del procedimiento instructorio, los hallazgos surtirán efecto tanto a efectos de investigación, como posteriormente de prueba. Por el contrario, si los hechos ocasionalmente descubiertos no guardasen conexión con los que en su día justificaron la adopción de la medida, y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, en tal caso, se considerarán como una simple *notitia criminis*, y se deducirá testimonio a fin de que se inicie el correspondiente procedimiento.

En el mismo sentido, MORENO CATENA<sup>467</sup>, tras insistir en la necesidad de darse noticia inmediatamente al Juez de la posible comisión de un nuevo delito, sostiene que sólo cabrá continuar con la medida bajo un nuevo auto judicial motivado que específicamente la ordene para los hechos descubiertos, puesto que si se produce una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, en tal caso conforme doctrina jurisprudencial del T.C. y del T.E.D.H., las intervenciones constituirían una injerencia no legítima.

Por su parte LÓPEZ BARJA<sup>468</sup> sostiene que únicamente es admisible la validez probatoria de los descubrimientos casuales referidas al propio sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica, excluyendo toda posible utilización de los conocimientos adquiridos fortuitamente y relativos a un tercero. Por lo tanto, en el caso de datos que se refieran al mismo sujeto pasivo de la medida pero que la hagan

---

<sup>467</sup> MORENO CATENA, Víctor y otros: *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 2ª edición, Colex, Madrid, 1997, págs. 454 y 455.

<sup>468</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit. págs. 200 y 201.

sospechosa respecto de otro delito por el que se ordenó la medida, en caso de haberse cumplido todas las garantías, debería admitirse su admisibilidad. Sin embargo, si los conocimientos adquiridos fortuitamente se refieren a una persona distinta, entonces entiende que faltarían las garantías legalmente establecidas en relación a la escucha y sería necesaria su exclusión.

Dicho autor al igual que el resto de la doctrina estima que la decisión sobre la admisibilidad o la exclusión de la escucha y su resultado hubiera resultado más fácil si la norma reguladora de la facultad de interceptación telefónica hubiera señalado una lista de delitos en relación con los que sólo tal medio podía ser utilizado toda vez que de tal modo si los datos obtenidos no configuran un hecho constitutivo de un delito incluido en esta lista, los datos no serían utilizables.

Ahora bien, LÓPEZ BARJA realiza una interpretación del art. 579 de la L.E.Crim. en el sentido de entender que a pesar de la parquedad del citado precepto, el legislador no pretendió que la investigación de cualquier delito fuera razón suficiente para levantar el secreto de las comunicaciones sino que sólo los delitos más graves son susceptibles de tal injerencia. En consecuencia, si los datos obtenidos por medio de la escucha son reveladores de un delito para cuya investigación no podría intervenir una comunicación telefónica, entonces debe admitirse que se encuentra prohibido su uso, imponiéndose como categórica la exclusión en el proceso de los datos así obtenidos.



Criterio distinto es el GONZÁLEZ-CUÉLLAR<sup>469</sup> el cual admite la posibilidad de que los descubrimientos casuales produzcan plenos efectos probatorios incluso respecto de terceros ajenos a la medida de intervención telefónica siempre que la gravedad de los hechos pudieran haber justificado la adopción de la medida.

En una posición completamente opuesta, se sitúa el Magistrado MARTIN GARCIA<sup>470</sup>, el cual tras un examen crítico de la jurisprudencia del T.S. que como ya hemos dicho ha venido sosteniendo la licitud probatoria de los hallazgos casuales, afirma de forma categórica que el criterio de la flagrancia no puede colorear de licitud probatoria el hallazgo casual. Dicho Magistrado va incluso mas allá al sostener que los hallazgos casuales constituyen pruebas ilícitas, sin que ni siquiera puedan servir de punto de partida para investigaciones posteriores<sup>471</sup>.

Su tesis parte de la premisa de que si el hallazgo es casual ello quiere decir que no existía base alguna previa para haber ordenado la entrada y registro domiciliario a tal fin, y en consecuencia tanto si se hubiese autorizado la entrada con una resolución inmotivada o sin autorización, ello conllevaría inevitablemente la ilicitud constitucional del hallazgo. Discrepo de dicho razonamiento toda vez que no es difícil imaginar un supuesto en el que se libre un mandamiento de entrada y registro para la investigación de un delito contra la seguridad pública y

---

<sup>469</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990, ob.cit. págs. 158-159.

<sup>470</sup> MARTIN GARCIA, Pedro: "Jurisprudencia Crítica I", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 20/2000 (Comentario)*, ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2000.

<sup>70</sup> En este sentido, respecto de la STC 161/1999, de 27 de septiembre, en la que se halló un cadáver en el domicilio del imputado, MARTÍN GARCÍA considera que si bien es obvio que el mismo existe materialmente pero no existe jurídico-procesalmente, por lo que no podrá tampoco servir de base para diligencias de investigación posteriores que tuvieran como único motivo el referido hallazgo casual.

en la práctica de la diligencia se hallen indicios claros de un homicidio, el descubrimiento del cual, considero sería perfectamente lícito y justificaría una nueva línea de investigación.

Especialmente interesante me parece una de sus conclusiones según la cual, la aceptación de la tesis de la licitud constitucional del hallazgo casual comportaría, de hecho y en la práctica, el vaciamiento de contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 C.E., puesto que la expedición de un mandamiento de entrada y registro se convertiría en una especie de autorización general y en blanco para la investigación de cualesquiera actividades presuntamente delictivas que pudiera haber realizado el inquilino o morador de la vivienda, aún a pesar de que fueran completamente desconocidas por la Policía. Dicha postura entiendo que tal vez es demasiado exagerada puesto que aún hipotéticamente dicha situación pudiera llegar a acaecer, no hay que olvidar que hay determinados delitos, cuya investigación no puede obviarse atendida su gravedad.

Respecto al supuesto de que existan nuevos delitos que no guarden relación con los que se estaban investigando, NARVÁEZ RODRÍGUEZ<sup>472</sup>, opina que la única solución posible sería la de iniciar una causa totalmente diferente de la anterior.

Por su parte, TORRES MORATO<sup>473</sup> tras un análisis de la doctrina jurisprudencial entiende que lo exigido para que los hallazgos casuales puedan ser perseguidos es que el Juez controle la ampliación del inicial

---

<sup>472</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, ob.cit., pág. 151.

<sup>473</sup> TORRES MORATO, Miguel Ángel y de URBANO CASTILLO, Eduardo de: *La prueba ilícita penal*, ob. cit., pág. 276.

objeto investigado y de esta manera exista una cobertura suficiente para la persecución de los nuevos hechos delictivos.

Finalmente, RODRÍGUEZ LAINZ<sup>474</sup> tras realizar un análisis del Derecho Comparado, concluye que no está completamente conforme con el criterio mantenido por aquélla fundamentado básicamente en el carácter de delito grave como límite para la utilidad jurídica y procesal de la información obtenida mediante el hallazgo casual.

En su opinión, la gravedad del delito descubierto como criterio para determinar la licitud para el inicio de actuaciones penales por delito basado en un hallazgo casual no debe erigirse como norma inalterable sino que según el mismo, si el acceso a la información contenida en las grabaciones ha sido lícito, únicamente se deberá poner en conocimiento del Juez que esté instruyendo la causa de tal circunstancia a fin de que el mismo adopte las medidas que estime oportunas para preservar el derecho al secreto de las comunicaciones, y tome la decisión oportuna a la vista del alcance de la *notitia criminis*. Así si se tratara de un delito conexo al delito grave objeto de la investigación el Juez de Instrucción podría acordar la ampliación del ámbito objetivo de la investigación y en el caso de que los datos conocidos pudieran ser constitutivos de un delito menos grave, acordar el inicio de una nueva investigación completamente independiente.

Comparto plenamente el criterio mantenido por RODRÍGUEZ LAINZ, en el sentido de que no debe atenderse únicamente a la gravedad del delito presuntamente descubierto como consecuencia del

---

<sup>474</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob. cit. págs. 258 a 262.

hallazgo casual como presupuesto para continuar (ampliación del objeto de la investigación) o en su caso, iniciar una nueva línea de investigación, sino que ante un hallazgo casual, debe procederse a dar cuenta inmediatamente de esos nuevos hechos a la autoridad judicial que está instruyendo la causa, a fin de que la misma decida lo que estime más pertinente.

Según mi parecer es completamente válida la investigación de aquellos hechos presuntamente delictivos descubiertos en el marco de una determinada investigación criminal, siempre y cuando para su investigación se disponga de la pertinente autorización judicial, ya sea ampliatoria o bien el inicio de una investigación absolutamente independiente.

Por ello, la obtención de la *notitia criminis* en una intervención telefónica que tenía otro objeto, esto es, que se obtenga casualmente, pero debidamente acordada judicialmente, no puede tildarse de ilegítima ni conlleva por ende su invalidez. Entiendo que no se conculca el principio de especialidad que debe regir la afectación del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 de la C.E. cuando a pesar de que la causa tenga su origen investigador por un presunto delito determinado, los imputados son finalmente condenados por un delito distinto como consecuencia del resultado de las escuchas telefónicas, no debiéndose considerarse nulas las intervenciones telefónicas que posibilitan tal condena, si las mismas se hallan debidamente autorizadas y se han respetado todas las garantías constitucionales.

Respecto del ámbito subjetivo de la investigación que también puede verse afectado por hallazgos casuales, considero que si de la

investigación inicial acordada respecto de una determinada persona, se deduce claramente la intervención activa de una tercera persona no titular de la línea telefónica intervenida -con independencia de la relación que tenga ésta con el sujeto investigado- que demuestra tener conocimiento sobre los ilícitos objeto de la causa, lo lógico y proporcionado será otorgarle también el mismo status de persona investigada, ampliando así el ámbito subjetivo de la investigación, puesto que lo contrario supondría privarle de las garantías inherentes a toda intervención telefónica como son principalmente el estricto control judicial y la motivación de la medida.

Cuestión distinta es la apuntada por LÓPEZ YAGÜES<sup>475</sup>, que complica aún más si cabe, el debate sobre la validez probatoria de la información obtenida como consecuencia de un hallazgo casual. Dicha autora plantea la cuestión de qué sucede si el hallazgo ocasional tiene lugar durante el curso o a resultas de un acto de intromisión que resulta ilegítima por infringir el derecho al secreto de las comunicaciones.

En tal caso, la clave residirá según LÓPEZ YAGÜES, en la apreciación o no por el Tribunal de una suerte de desconexión de antijuricidad, en la que el Juez deberá ser especialmente cauteloso para respetar el principio de proporcionalidad que debe existir entre el derecho a la obtención de la prueba y el respeto a la presunción de inocencia. Ahora bien, dicha interesante cuestión que enlaza con la de los hallazgos inevitables, será objeto de estudio en el próximo capítulo.

---

<sup>475</sup> LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ob. cit., pág. 475 y ss.

#### **4.2) Apuntes sobre los hallazgos casuales en otros Ordenamientos Jurídicos**

Como ya hemos apuntado en España el art. 579 de la L.E.Crim. guarda absoluto silencio respecto a los límites necesarios que deben establecerse respecto de las informaciones obtenidas por medio de las intervenciones telefónicas. En el Derecho Comparado se han planteado varias soluciones, partiendo todas ellas de la inclusión o no de los nuevos datos conocidos en el catálogo de los hechos delictivos establecido en cada país ya sea en función de la materia o la penalidad que llevan aparejada, por lo que sus respuestas no resultan plenamente trasladables a nuestro ordenamiento.

Téngase presente que el art. 579 de la L.E.Crim. por desgracia no establece ningún criterio sobre los delitos que pueden motivar la autorización de una intervención telefónica sino que tan sólo prevé (en su apartado 3º) la existencia de “indicios de responsabilidad criminal” y que se dé la suficiente proporción entre intromisión y gravedad del hecho investigado<sup>476</sup>.

Algunos autores como ASECIO MELLADO<sup>477</sup> estiman que tal vez el precepto que mejor se adapta a nuestro proceso penal es el art. 188.2 del C.P.P. portugués ya que al igual que sucede con el art. 586 de la

---

<sup>476</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., págs. 400.402 mantiene una posición contraria a esta concepción tan amplia ya que estima que el legislador sólo ha previsto las intervenciones telefónicas para los delitos más graves que lleven aparejado el procesamiento (art. 579.2 de la L.E.Crim.) y no los simples indicios (art. 579.3 L.E.Crim.), razón por la que únicamente serán utilizables los nuevos hechos si los mismos son igualmente graves y hagan referencia a las mismas personas previstas en la resolución judicial de autorización y no respecto de otras.

<sup>477</sup> ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob. cit. pág. 114.

L.E.Crim. limita la posibilidad de utilizar aquella información obtenida en el seno del proceso en que fue autorizada la intervención telefónica. Dicho en otras palabras, según dicho autor no sería en ningún caso lícita la utilización de cualquier información respecto de hechos no incluidos en el Auto o respecto de personas no inculpadas que tampoco figuraran en el mismo puesto que se vulneraría el art. 18.3 C.E, sino se concretase el ámbito concreto de restricción y el fin específico de la medida.

Si atendemos a la solución de la jurisprudencia alemana, la misma se centra principalmente en un criterio que consiste en el grado de conexión, ya sea objetiva o subjetiva, que ha de darse entre el hecho delictivo directamente investigado objeto de la medida de intervención telefónica y el delito descubierto casualmente, ya sea el mismo imputable al sujeto mismo de la medida o a terceros no imputados. Por tanto, el criterio general es el de la utilizabilidad de la información obtenida, aunque no se encuentre protegida por la orden, siempre que se trate de delitos expresamente recogidos en el art. 100.a) de la StPO. Así el B.G.H. sostiene que el hecho de que la interceptación telefónica lo haya sido en todo momento conforme a los requisitos exigidos no implica la aptitud de cualquier conocimiento hallado para ser empleado a fin de comprobar unos determinados hechos de manera indiscriminada<sup>478</sup>.

---

<sup>478</sup> ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob. cit. pág. 114 hace una interesante síntesis del sistema procesal penal alemán, al citar a un destacado autor alemán FEZER que resume de forma esquemática en qué supuestos son utilizables los hallazgos casuales: 1) resultados de la investigación que se refieran a otro hecho de los relacionados en el art. 100.a) de la StPo., tanto si afecta al propio sujeto pasivo o a un tercero; 2) conversaciones de cualquier tercero ajeno al proceso que utiliza casualmente la comunicación si se trata de un hecho catalogado; y 3) datos conocidos casualmente que no son de los catalogados pero que se encuentran en íntima conexión con uno de ellos.

Ahora bien, el criterio sustentado por la jurisprudencia alemana (BHG) es criticado por la amplitud con la que interpreta el grado de conexión necesario entre el hecho delictivo descubierto y un hecho catalogado <sup>479</sup>, proponiendo la doctrina alemana soluciones más limitadas.

Así, conforme la doctrina alemana es posible la utilización de los conocimientos obtenidos casualmente, ya se refieran al propio imputado (o a un coautor o cómplice), bien a terceros (tanto sujetos pasivos como terceros no afectados) cuando quepa predicar una conexión de cierto grado entre el hecho descubierto de manera fortuita y algún hecho delictivo de los tipificados en el art. 100 de la Ley Procesal Penal Alemana (StPO.).

Ahora bien, un sector doctrinal considera que no deberían poder utilizarse los descubrimientos casuales frente al propio imputado cuando no se trate de un hecho tipificado, esté el hecho descubierto en conexión o no con el hecho catalogado. Respecto de terceros, se estima que no deberían poder utilizarse cuando se traten de hechos no

---

Los conocimientos que no son utilizables son dos: 1) hechos que no estén catalogados ni que se encuentren en conexión con alguno de los catalogados; y 2) hechos que no estén catalogados ni que estén en conexión con la autoría del delito de asociación criminal.

<sup>479</sup> Por la jurisprudencia alemana se estima suficiente el grado de conexión para considerar utilizable un descubrimiento casual cuando se trate de un hecho delictivo independiente del hecho tipificado objeto de la medida de intervención telefónica, y aún cuando el mismo no coincida con un hecho de los catalogados en el art. 100 de la St.PO, siempre que esté en conexión con alguno de ellos.

Sobre la doctrina y la jurisprudencia de Derecho comparado en orden a la utilización de los conocimientos adquiridos como consecuencia de un hallazgo casual en el marco de una medida de intervención telefónica, LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: "Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal", *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993-1994, págs. 81-90.



catalogados ni tampoco aún tratándose de un hecho tipificado, cuando el descubrimiento casual sea distinto del hecho catalogado objeto de la medida de intervención que en su día dio ocasión para su descubrimiento casual.

En mi opinión si bien es cierto que podría resultar de difícil aplicación en nuestro ordenamiento la solución alemana al no existir en nuestro país un catálogo de delitos habilitantes para la adopción de la medida de intervención telefónica, sí que podrían utilizarse los criterios de la jurisprudencia alemana relativos al grado de conexión entre los delitos investigados y los datos hallados casualmente.

Por su parte, el Derecho italiano, el cual también dispone de un listado de delitos que por razón de su gravedad permiten la autorización de una medida de intervención telefónica (art. 266 del Código Penal Italiano<sup>480</sup>), tiene como regla general, de forma muy similar a la de la jurisprudencia alemana, que la intervención telefónica sólo produce efectos en el seno del proceso en que se adoptó y respecto de los hechos allí investigados.

No obstante, excepcionalmente permite la utilización de los resultados obtenidos con una intervención telefónica en procedimientos distintos a aquél en el que fue autorizada, cuando sean indispensables para el enjuiciamiento del delito, siempre y cuando dichos hechos tengan un elevado grado de conexión con el delito por el cual fue concedida la interceptación de las comunicaciones.

---

<sup>480</sup> Dicho precepto regula como límites de admisibilidad de una medida de intervención telefónica un elenco de tipos delictivos según un criterio cuantitativo (duración de las penas) o cualitativo (tipo de delito).

Sin embargo, si durante el curso de la investigación, el delito distinto a aquél por el que fue autorizada la medida no puede reconducirse, al menos implícitamente, a la autorización originaria, entonces la solución no puede ser otra que la prohibición de su utilización<sup>481</sup>.

Así, lo sostiene ILLIMUNATI<sup>482</sup>, según el cual a pesar de que la interceptación telefónica haya sido legítimamente autorizada, aquélla deviene inadmisibile (y sus resultados no pueden ser utilizados) si la investigación revelase un delito no comprendido entre los previstos en el art. 266, párrafo primero del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo, dicho autor añade que si existe identidad del hecho resulta irrelevante la modificación del título del delito y si durante el curso de la investigación, el delito diverso (a aquel para el que fue concedida la autorización) que aparece mediante la escucha no puede reconducirse, al menos implícitamente, a la autorización originaria, entonces, surge rápidamente la prohibición de su utilización.

Finalmente, otro aspecto del problema de los denominados hallazgos casuales se concreta en los efectos reflejos que pueda

---

<sup>481</sup> Ello debe ponerse en relación con el art. 271.1 del C.P.P. italiano que establece la inutilizabilidad radical del resultado de toda operación que se haya seguido fuera de los casos permitidos por la ley o con infracción de los presupuestos formales sancionados para su tramitación en los arts. 267 y 268 del referido Texto Legal. Por su parte, el art. 271.2 del C.P.P. prohíbe la utilización de los conocimientos o informaciones protegidas por el secreto de oficio, profesión o ministerio, salvo que las personas amparadas por el secreto ya hubieran declarado sobre tales hechos o los hubieran divulgado de cualquier otro modo.

<sup>482</sup> ILLUMINATI, Giulio: *La disciplina processuale delle intercettazioni telefoniche*, A. Guiffre, Milano, 1983, págs. 77 a 80.

producir una medida de intervención telefónica ilegítimamente ejecutada o autorizada, tanto sobre la investigación directa o indirecta de los hechos sobre la base de unos conocimientos ilegítimamente adquiridos, en relación con la posible adquisición de fuentes de prueba, como también respecto de los descubrimientos casuales relativos a sujetos no imputados, cuestión que seguidamente trataremos al hacer referencia a la eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal o la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

## **CAPÍTULO IV**

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ILICITUD DE LA INJERENCIA  
EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES:**

**EL PROBLEMA DE LA PRUEBA INDIRECTA O REFLEJA**

---

Tal y como ya hemos comentado a lo largo del presente trabajo, la medida de intervención telefónica atendida su doble naturaleza, supone un medio autónomo de investigación y de formación de la prueba que se dirige a obtener conocimientos relevantes para la persecución penal del hecho sospechoso y a su vez a asegurar, en su caso, concretas fuentes de prueba que pudieran adquirirse para su posterior valoración en el juicio oral.

Es por ello por lo que los efectos que puede producir una intervención telefónica válidamente autorizada pueden consistir en efectos inmediatos, esto es, investigación, producción y aseguramiento de fuentes de prueba y en efectos mediatos: valoración de prueba en el juicio oral mediante medios de prueba.

Tras haber analizado los efectos inmediatos y las cuestiones que los mismos pueden plantear<sup>488</sup>, en el presente capítulo nos centraremos en los efectos mediatos derivados de una medida de intervención telefónica y concretamente en intentar definir las consecuencias jurídicas que conlleva la declaración de nulidad o ilicitud de una determinada intervención telefónica en su conjunto o en alguna de sus fases, y especialmente en lo que se refiere al alcance que puede tener la prueba prohibida sobre otras pruebas de cargo directa o indirectamente relacionadas entre sí, tarea más compleja si cabe que la estructuración jurisprudencial de la figura procesal de la intervención de las comunicaciones telefónicas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

---

<sup>488</sup> El capítulo IV ha sido el dedicado al análisis de los efectos inmediatos de la medida de intervención telefónica y más concretamente a la problemática concerniente a los hallazgos casuales.

## 1) Efectos de la medida de intervención telefónica

Antes de entrar en el análisis de la materia conviene tener presente que como es sabido el proceso penal español se encuentra regido por el principio de oficialidad<sup>489</sup> de la investigación que permite al Juez sin vinculación a las peticiones de las partes, introducir elementos fruto de la averiguación realizada sobre los hechos delictivos aparentemente y su presunto autor<sup>490</sup>.

El referido principio va dirigido a la búsqueda y obtención de la verdad material en el proceso<sup>491</sup>, hallándose consagrado en el art. 741 de la L.E.Crim. el cual establece el sistema de libre apreciación de la prueba, o lo que es lo mismo, la ausencia de establecimiento de límite alguno respecto a los medios probatorios a utilizar, y no sanción legal de norma valorativa que sustituya la conciencia o parecer del Juzgador en la apreciación de aquéllos.

Por tanto, nuestro proceso penal no se rige por un sistema de prueba tasada en el que el legislador impone un conjunto de reglas vinculantes mediante las cuales se limitan los medios de prueba utilizables para formar la convicción del Juzgador. Ello es debido en

---

<sup>489</sup> Otro principio consustancial al sistema de libre apreciación es el principio de inmediación en el proceso el cual parece tender a limitar y en ocasiones a imponer la utilización de ciertos elementos que la ley señala en casos muy concretos y específicos.

<sup>490</sup> Veáse ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ed. Trivium, Madrid, 1989, págs. 19 a 24 para un detallado análisis de la evolución histórica de los sistemas que rigen la valoración de los medios de prueba, que abarca desde el sistema de la prueba tasada, la aparición del Jurado en el s. XIX que supuso la instauración de un nuevo modelo de apreciación probatoria, llamado de “íntima convicción” o “en conciencia”, hasta el examen del sistema introducido en la L.E.Crim.

<sup>491</sup> Con total conformidad con la posición sostenida por DE URBANO CASTILLO, Eduardo: *La prueba ilícita penal*, ob.cit. pág. 33, en el sentido de que la investigación de la verdad en el actual proceso penal no es un valor absoluto sino que se halla limitada por los valores éticos y jurídicos del Estado de Derecho.

gran medida a la introducción de los indicios como prueba bastante a efectos de condenar o de absolver en la instancia que permitió el actual sistema de libre apreciación de la prueba<sup>492</sup>, siendo lo cierto que la libertad de fuentes de pruebas que existe en nuestro ordenamiento jurídico constituye una necesidad social a fin de evitar que el proceso penal se vea rezagado ante la evolución tecnológica de los medios técnicos para cometer un delito.

La instauración del sistema de libre apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, entendido como valoración racional y crítica es absolutamente necesario para poder proceder a una efectiva motivación de la sentencia –exigida en los arts. 24.2 y 120 de la C.E.–, y al mismo tiempo permitir una limitación de los medios utilizables para la formación de la convicción, dejando fuera del proceso a las pruebas ilícitamente obtenidas, y en definitiva garantizar el respeto a la presunción de inocencia.

Lo contrario supondría un riesgo para los derechos de los ciudadanos, tal y como indicó el T.C. en uno de sus primeros pronunciamientos al declarar que la presunción de inocencia sólo puede ser enervada por prueba “que haya llegado con las debidas garantías al proceso” (STC 55/1982, de 26 de julio).

La clave de ello viene dado porque en cada caso debe observarse el principio de proporcionalidad, ponderando los intereses implicados, que generalmente se concretarán en la búsqueda de la verdad procesal y el interés de respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos.

---

<sup>492</sup> La introducción de dicho principio supuso la instauración del sistema de apreciación en conciencia de las pruebas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, o también conocido como la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Respecto a las limitaciones de los derechos fundamentales es obligado hacer referencia al Auto del T.S. de 18.06.1992 (RJ 1992/6102) conocido como “Caso Naseiro”, en el cual tras recordar la idea de que “no se puede obtener la verdad real a cualquier precio”<sup>493</sup>, se afirma que sólo resulta lícito el descubrimiento de la verdad cuando se hace compatible con la defensa del elemento nuclear de los derechos fundamentales<sup>494</sup>.

Tal y como bien expresan DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>495</sup> la prohibición de que una prueba traída al proceso, mediante el menoscabo de un derecho fundamental, pueda provocar efecto procesal alguno es el límite más expreso a la búsqueda de la verdad material como fin de proceso penal, convirtiendo nuestro sistema en un proceso garantista donde prevalecen los derechos fundamentales.

En este sentido, me parecen muy acertadas las reflexiones que realiza VELASCO NUÑEZ<sup>496</sup> en esta búsqueda de reequilibrio entre el garantismo y la evitación de la impunidad, en el sentido de que debe partirse del realismo que supone “aceptar que en un Estado con exceso

---

<sup>493</sup> En idéntico sentido se pronunció, GIMENO SENDRA, Vicente y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, Tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1ª edición, 2000, pág. 424.

<sup>494</sup> En concreto en el referido Auto se indica la importancia del respeto a la dignidad e intimidad de la persona humana permitiendo las intromisiones en la vida privada que, en principio, son legítimas, sólo si existe el obligado correlato o proporcionalidad entre el derecho afectado y la intromisión efectuada. Y se señalan como exigencias a tales garantías no sólo la motivación de la medida sino sobretodo la observancia del principio de proporcionalidad.

<sup>495</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 20.

<sup>496</sup> VELASCO NUÑEZ, Eloy en “Prueba obtenida ilícitamente. ‘Doctrina del fruto del árbol envenenado’: Correcciones actuales y tendencias de futuro”, págs. 460 y 461, dentro de la obra *Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 12, Madrid, 1996.



de normas, un Estado saturado de legalidad al filo del siglo XXI, exigir el cumplimiento de toda la legalidad al 100% deviene imposible” y que es preciso “reconocer que no se pueden elevar a la categoría de garantía del art. 24 C.E. todas las cautelas procesales de las normas de enjuiciamiento”.

En suma, la prevalencia de los derechos fundamentales sería imposible sin la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Más adelante examinaremos cuáles son los derechos fundamentales cuya lesión o vulneración origina la aplicación de la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícita.

## **1.1) Efectos probatorios: concepto de prueba ilícita**

### **1.1.1) Posiciones doctrinales**

Antes de analizar cuáles son los criterios para dilucidar la ilicitud de una determinada prueba y en consecuencia, su posible utilización o no en el proceso, procede intentar delimitar varios conceptos que se utilizarán a lo largo del presente trabajo, tales como qué debe entenderse por prueba lícita, ilícita, irregular o prohibida.

Lo cierto es que la terminología utilizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia dista bastante de ser uniforme<sup>497</sup>, con la problemática que como es lógico ello conlleva ya que en ocasiones

---

<sup>497</sup> Como es lógico ello no ha estado exento de crítica y ha sido señalado por muchos autores, como es el caso de GUARIGLIA, Fabricio: “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 25, marzo 1996, pág. 76 y MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ed. Bosch. Barcelona, 2004, 2ª edición, pág. 17.

dichas diferencias terminológicas implican también divergencias conceptuales.

Seguidamente analizaremos las distintas posturas doctrinales si bien vaya ya por delante que podríamos afirmar que ha terminado por imponerse una concepción más bien restrictiva para referirse a la prueba ilícita, la cual se circunscribiría exclusivamente a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales.

Inicialmente lo cierto es que había un sector doctrinal<sup>498</sup> que utilizaba un sentido muy amplio del concepto de prueba ilícita al asociarla a aquella que atenta contra la dignidad de las personas que proclama el art. 10 de la C.E., si bien dicha concepción se encuentra actualmente superada. También existían otros autores que realizaban una distinción, hoy en desuso, entre prueba ilícita para referirse a las infracción de disposiciones jurídicas de carácter material, y prueba ilegítima, que tenía lugar cuando el precepto violado era de naturaleza procesal<sup>499</sup>.

Actualmente encontramos que hay autores que hacen uso del concepto de prueba ilegal, como es el caso de HUERTAS MARTÍN<sup>500</sup>, la cual concibe la prueba ilegal como una categoría que engloba a tres grupos: 1ª) la prueba prohibida o interdicción legal de ciertos métodos para la consecución de resultados probatorios; 2º) la prueba obtenida con violación de derechos o libertades fundamentales y 3º) la prueba irregular, la cual define como aquella practicada o asumida con

---

<sup>498</sup> SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 69.

<sup>499</sup> SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos y ALCABAR LÓPEZ, José Luis: "El derecho a la prueba", *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, pág. 584.

<sup>500</sup> HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, J.Mª Bosch Editor, Barcelona, 1990, págs. 132-133.

violación o en ausencia de los requisitos procesales exigidos y/o los principios que rigen la actividad probatoria.

Por otro lado, hay quien hace distinciones entre prueba irregular y prueba ilícita, y dentro de esta categoría incluye la prohibida<sup>501</sup>. Este es el caso de MARTÍNEZ GARCÍA<sup>502</sup> al sostener que la prueba irregular es la obtenida con violación de norma de rango no constitucional tanto en su obtención como en su incorporación al proceso, mientras que la prueba ilícita sería la obtenida con violación de las exigencias constitucionales.

Como vemos, dicha autora hace referencia a una clase de prueba, la “prohibida” o también llamada “prohibiciones probatorias”, que según la misma son aquellas materias oficialmente declaradas secretas (art. 417 L.E.Crim.), prohibiciones en los métodos de investigación como las coacciones, torturas (art. 15 C.E.) o la prohibición de declarar de los parientes-testigos, entre otras.

Sin embargo, procede tener en consideración que tampoco existe un concepto unánime de prueba prohibida. PASTOR BORGOÑÓN<sup>503</sup>, por ejemplo hace a mi juicio una interesante distinción al clasificar las prohibiciones probatorias en dos grandes grupos: uno en el que se

---

<sup>501</sup> Procede aclarar que SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 2º, dirigidos por Manuel ALBADALEJO, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, dice que no existe en nuestras leyes ninguna prohibición general de un medio de prueba concreto, afirmación que si bien la realiza en el marco del proceso civil, entiendo que es perfectamente aplicable en principio al ámbito del proceso penal. No existen, en realidad, en nuestro proceso penal prohibiciones genéricas de determinados medios de prueba (testifical, pericial, documental), sino requisitos o presupuestos que deben observarse en la obtención y la práctica de las pruebas.

<sup>502</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 38.

<sup>503</sup> PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitas”, *Justicia*, 1986, núm. 2, pág. 339.

encontrarían las derivadas de restricciones relativas a la investigación de los hechos -búsqueda y obtención de las fuentes de prueba- y otro en las que se hallarían las restricciones relacionadas con la incorporación de las fuentes de prueba al proceso.

También procede destacar bajo mi punto de vista las reflexiones de ASECIO MELLADO<sup>504</sup> entorno a la prueba prohibida, el cual con gran acierto señala que se trata de un concepto no unívoco ya que viene a indicar una multiplicidad de situaciones en las que la prueba se reputa inadmisibile. A pesar de las dificultades que el mismo apunta para intentar delimitar dicho concepto, entiende que una primera aproximación implica una limitación no sólo de los datos que pueden ser susceptibles de investigación sino también de los medios de prueba que pueden ser utilizados a fin de obtener la convicción judicial.

GIMENO SENDRA<sup>505</sup> hace uso de una distinción entre la prueba ilícita y la prueba prohibida, que podríamos decir que se acerca bastante a la de doctrina mayoritaria toda vez que entiende que la prueba ilícita es la que infringe cualquier ley, esto es, tanto ordinaria como la Constitución, mientras que la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales.

---

<sup>504</sup> ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob.cit., pág. 75. Dicho autor sostiene que la prueba prohibida no se configura en modo alguno como una restricción al principio de libre valoración de la prueba que rige nuestro proceso penal sino que está más bien relacionado con el principio de "mínima actividad probatoria de cargo" que exige que las pruebas no se hayan obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

<sup>505</sup> GIMENO SENDRA, Vicente con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Colex, Madrid, 1996, págs. 384-385.

Un criterio distinto es el mantenido por PICÓ JUNOY<sup>506</sup>, para quien prueba ilícita y prueba prohibida no son excluyentes, sino que considera que este último concepto es correcto o gráfico para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, que son como más adelante veremos, la prohibición de admisión y la prohibición de valoración.

Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>507</sup> procede estar a una concepción amplia y por ello sostiene que toda infracción de las normas procesales sobre obtención y práctica de la prueba debe estimarse como prueba ilícita, por cuanto implica una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.).

Para dicho autor todo gira entorno al principio general de nuestro proceso penal establecido por la jurisprudencia del T.C. de inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida. Según este autor, la interdicción de la prueba ilícitamente obtenida supone la defensa misma del proceso en cuanto sujeto al Derecho, que constituye uno de los pilares del Estado de Derecho (art. 1.1 de la C.E.)<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> PICO JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, págs. 285-290. Este autor limita el concepto de prueba ilícita a aquella obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales, infracción cuyo fundamento debe encontrarse, según su opinión, en el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa. La prueba irregular la identifica con aquel elemento probatorio obtenido o practicado con vulneración de preceptos que no gozan del status de los arts. 14 a 29 de la C.E., incluyendo dentro de dicho concepto los medios obtenidos sin observar el procedimiento legalmente previsto o las fuentes de prueba obtenidas de un modo ilegal, siempre y cuando no se haya vulnerado un derecho fundamental.

<sup>507</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob. cit. págs. 83-84 y 134-135.

<sup>508</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob. cit. pág. 100.

Por su parte, RIVES SEVA<sup>509</sup> distingue entre prueba ilícita, prueba prohibida y prueba irregular. Por prueba ilícita entiende aquella en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental. Prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su origen ha vulnerado un derecho o libertad fundamental. Por último, la prueba irregular sería aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica.

DE URBANO CASTILLO<sup>510</sup> es también partidario del uso del concepto de prueba ilícita si bien en un sentido amplio frente a otros términos tales como prueba ilegal, viciada, prohibida, y lejos de entrar en las disquisiciones doctrinales sobre el particular, entiende por prueba ilícita, una concepción no restrictiva sino que abarca “tanto las actividades sumariales como las practicadas en el plenario que tienen por objeto contribuir a la convicción del órgano enjuiciador, en cuanto presenten algún problema respecto a su legalidad”.

Dicho autor va más allá y delimita las diferencias entre prueba ilícita y prueba irregular en base a las consecuencias que las mismas conllevan. Según su parecer la prueba ilícita contamina y por tanto debe ser expulsada del proceso, debiéndose en su caso probar los hechos a través de una línea de investigación independiente mientras

---

<sup>509</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ob. cit., pág. 221 y en su reciente obra: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 341.

<sup>510</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Angel: *La prueba ilícita en el proceso penal*, ob. cit. pág. 42, se decanta también por el uso del concepto de prueba ilícita como aquella obtenida con vulneración de derechos o libertades fundamentales. Como bien apunta dicho autor, éste ha sido el término que se ha acabado imponiendo en gran medida por ser fruto de la doctrina jurisprudencial.

que la irregular no contamina y tan sólo queda afectada en el sentido que no puede ser objeto de valoración y permite su uso a través de otro tipo de prueba “subsidiaria”, como la pericial o la testifical.

Dentro también de una concepción amplia de prueba ilícita pero desde una perspectiva distinta, MONTÓN REDONDO<sup>511</sup> mantiene un singular criterio al entender que prueba ilícita es aquella que se ha obtenido de forma fraudulenta o dolosa. Así, fundamenta su inadmisión o ineficacia en el principio general del Derecho “el dolo no aprovecha a la persona que lo comete”.

Desde otro ángulo, MARTÍ SÁNCHEZ<sup>512</sup> critica la interpretación que considera exagerada e ilógica de la doctrina vigente que conduce a situaciones absurdas respecto del término “violentando” del art. 11.1 de la L.O.P.J., ya que entiende que el mismo no sólo engloba la infracción de un derecho fundamental sino también el simple hecho de forzarlo, de forma brusca e intolerable, haciendo por ejemplo uso de la tortura a fin de arrancar una confesión.

La razón de ser de su disconformidad yace, según mi parecer, en el hecho de que con la no utilización de la prueba ilícitamente obtenida se sanciona a la víctima, a la sociedad en general y no a quien violó el derecho fundamental, de modo que en cierta manera entiende que se “premia” al delincuente. En definitiva, lo cierto es que dicho autor aboga por un reequilibrio de lo que debe entenderse por prueba ilícita decantándose por los intereses de la sociedad e insistiendo en que deben ponderarse las circunstancias de cada caso concreto para

---

<sup>511</sup> MONTÓN REDONDO, Alberto: Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso, ed. Salamanca, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad, 1997, pág. 174.

<sup>512</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás: “La llamada prueba ilícita y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, núm. 7, del 16 al 22 de febrero de 1998.

determinar si efectivamente se ha producido o no vulneración de un derecho fundamental, apunte este último que me parece no sólo lógico sino necesario.

Por último, hay incluso quien utiliza el término prueba clandestina<sup>513</sup>, distinguiéndola de la prueba irregular en el sentido que lo ilícito implica una conducta no permitida por la ley, mientras que clandestino es comportamiento oculto o en términos generales opuesto a lo realizado públicamente, distinción que aunque interesante, no es de utilidad a los efectos del presente trabajo, según mi parecer.

Tal y como ya hemos apuntado al inicio de este epígrafe, la doctrina mayoritaria se decanta por una delimitación más restrictiva o limitada de los casos en que debe estimarse que se está ante una prueba ilícita y por la utilización de dicho término<sup>514</sup>. Este criterio será también el seguido en el presente trabajo por entender que es el que mejor se adapta para delimitar su concepto- íntimamente vinculado a la causación de indefensión- si bien también haremos distinciones en función de la causa o causas que motivan la ilicitud y que serán objeto de estudio en el próximo apartado.

---

<sup>513</sup> Así encontramos a BERNAL CUÉLLAR, Jaime: "Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal", *Revista Universitaria de Derecho Penal*, UNED, nº 4 especial, 1990, págs. 396-397.

<sup>514</sup> Claramente este es el caso de MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit. pág. 18. Asimismo encontramos a GONZÁLEZ MONTES, José Luis: José Luis: "La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)", *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1, págs. 31 a 36, para quien únicamente debe considerarse prueba ilícita aquella en cuya obtención se hubiere violado un derecho fundamental, sosteniendo que debe tacharse de ilícita la prueba obtenida por medios ilegítimos, es decir, según la norma del art. 11.1 L.O.P.J. Véase también, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob. cit. págs. 38-39.



Desde esta orientación, se distingue a su vez entre prueba ilícita y prueba irregular, atribuyéndoles como es lógico consecuencias jurídicas distintas, como examinaremos más adelante. Los partidarios de esta concepción citan en apoyo de su argumentación la relevante S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre, de modo que la prueba ilícita únicamente puede circunscribirse a la vulneración de un derecho fundamental (arts. 15 a 29 de la C.E.) así como el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la C.E., que son susceptibles de recurso de amparo constitucional<sup>515</sup>.

Un buen ejemplo de ello de la doctrina imperante es el caso de DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>516</sup>, según los cuales hay prueba ilícita cuando existe lesión de un derecho fundamental, pero no siempre que un derecho fundamental resultado menoscabado en una actuación probatoria cabe hablar de la ilicitud del art. 11.1 de la L.O.P.J. Ello es debido a que según dichos autores, hace falta otro elemento aparte del binomio actividad probatoria/menoscabo de derecho fundamental como es un nexo de causalidad o también llamada conexión de antijuricidad entre ambos<sup>517</sup>.

---

<sup>515</sup> Sin embargo lo cierto es que tampoco es esta una cuestión pacífica, toda vez que algunos autores son partidarios de una concepción más amplia de los derechos fundamentales, debiendo alcanzar a todos los contemplados en el Capítulo 2º de la C.E., esto es, los arts. 14 a 38. Este es el caso de GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de GALVEZ derechos fundamentales. Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 81-82. Esta postura ha sido también defendida por la doctrina jurisprudencial del T.C., siendo un ejemplo de ello la STC 85/1994, F.J. 4º.

<sup>516</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., pág. 22. Dichos autores otorgan una gran relevancia a la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la C.E.

<sup>517</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., pág. 22. Efectivamente según los mismos la característica que define la prueba ilícitamente obtenida es que la lesión del derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra forma muy difícilmente se obtendría.

Dicho en otras palabras, consideran que entre los planos de la fundamentalidad, constitucionalidad y legalidad, sólo el primero, ampara la ilicitud de las pruebas. Incluso han ido más allá, al sostener que a fin de no forzar el alcance del art. 11.1 de la L.O.P.J. deberían considerarse pruebas ilícitamente obtenidas únicamente las recaídas sobre el Capítulo II del Título I de la C.E. (arts. 15 a 29)<sup>518</sup>.

En la misma línea se sitúa RODRÍGUEZ LAINZ<sup>519</sup> al afirmar que la doctrina predominante en la actualidad es la de conexión de antijuricidad que es precisamente sostenida por el T.S., si bien dicha interesante cuestión será analizada más adelante.

### **1.1.2) Breve análisis de la cuestión en el Derecho Comparado**

Como ya hemos señalado, son incontables las clasificaciones de prueba ilícita que la doctrina ha elaborado, materia que aún reviste más complejidad si cabe si se atiende al panorama que ofrece el Derecho Comparado.

La doctrina mayoritaria alemana, a diferencia de la diversidad de criterios que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico, es partidaria

---

<sup>518</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: “¿Es proyectable el art. 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”, ed. *La Ley*, núm. 445, de 24 de diciembre de 1997. Los mismos autores en su obra *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., págs. 25 a 27, reflexionan entorno a dicha problemática y estiman que entre los derechos fundamentales que habitualmente conllevan ilicitud probatoria son los contenidos en los arts. 15 C.E. (integridad física), art. 17 (libertad personal) y art. 18 (intimidad, propia imagen, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y autodeterminación informativa en relación al uso de la informática).

<sup>519</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ob.cit., pág. 281. Dicho autor hace un análisis de la evolución en nuestro Ordenamiento jurídico de las distintas teorías y doctrinas relativas a las consecuencias jurídicas que conlleva la declaración de nulidad o ilicitud de una determinada intervención telefónica.

de la utilización del término “prohibiciones probatorias” para referirse a todas las normas jurídicas que prevén una limitación en la práctica de la prueba en el proceso penal. Sin embargo, a pesar de los innumerables esfuerzos tanto de la doctrina como de la jurisprudencia alemana todavía no existe una doctrina sobre las prohibiciones probatorias generalmente admitida<sup>520</sup>.

En el derecho alemán se elaboró la teoría llamada “Teoría del ámbito de los derechos”, desarrollada por la jurisprudencia del BGH, según la cual la posibilidad de valorar las pruebas obtenidas depende de si la lesión afecta de forma o no esencial el ámbito de derechos del recurrente, para lo cual deberá tenerse en cuenta el interés protegido por la disposición.

GÓMEZ COLOMER<sup>521</sup> recoge las clasificaciones de prueba ilícita de las que se sirve la doctrina alemana, distinguiendo entre:

1. Prohibiciones relativas a la práctica de la prueba:
  - a) prohibiciones de temas de prueba, b) prohibiciones de medios de prueba, c) prohibiciones de métodos de prueba, y, d) prohibiciones probatorias relativas en la medida en que la prueba sólo puede ser ordenada o practicada por determinada persona.
2. Prohibiciones de aprovechamiento de resultados probatorios.

---

<sup>520</sup> LÓPEZ -BARAJAS PEREA, INMACULADA: “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 708/2006, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pág. 3 a 5, la cual cita a los más destacados autores alemanes, OXIN, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 1998; para un estudio más detenido cita a BEULKE, W., *Strafprozessrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2005, págs. 268-290; KÜHNE, H.-H., *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, págs. 450-456.

<sup>521</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Ed. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 133-135.

Por su parte, ASECIO MELLADO<sup>522</sup> recoge la clasificación de otro destacado autor alemán PETERS, quien distingue entre:

1. Prohibiciones de tema de prueba. 2. Prohibiciones de métodos de prueba; 3. Prohibiciones de medios de prueba.

A su vez, todas éstas se subdividen en a) prohibiciones de persecuciones de prueba, que limitan la investigación y b) prohibiciones de procedimiento de prueba que limitan una investigación permitida pero sometida a determinados presupuestos.

En orden a la posibilidad de utilizar o no la prueba derivada cuando realmente se tiene la certeza de que igualmente se habría llegado a la misma (sin la diligencia ilícita), porque por ejemplo el acusado había sido objeto de varios seguimientos, la jurisprudencia alemana es incluso más estricta que la nuestra, toda vez que exige que no se trate de una infracción grave en cuyo caso la prohibición de valoración vendría exigida por necesidades de tutela jurídica preventiva, así por ejemplo la competencia del Juez para ordenar una escucha telefónica (§ 100b StPO).

La doctrina italiana mayoritaria<sup>523</sup> hace uso del término prueba ilícita para referirse a aquella prueba obtenida mediante infracción de

---

<sup>522</sup> ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob.cit., pág. 84, nota 28 que cita a PETERS, K. *Strafprozebrecht*, Heidelberg, 1985, págs. 296-298.

<sup>523</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., págs. 22 y 23, señala las principales posturas sostenidas por la doctrina italiana, como es el caso de CONSO, Giovanni: "Natura giuridica della norme sulla prova nel processo penale", *Rivista di Diritto Processuale*, 1970, págs. 1 y ss, para quien todas las normas que regulan la prueba en el proceso penal tienen como finalidad asegurar la garantía de defensa del imputado. Si bien este criterio no es pacífico como apunta MIRANDA ESTRAMPES, sino que hay otro sector doctrinal (representado por CAPELLETI, Mauro, "La naturaleza de las normas sobre las pruebas", en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, págs. 169 y ss.) que

cualquiera de las normas relativas a las pruebas penales en tanto que normas de garantía del acusado, no exigiendo por tanto que se trate de una infracción de una norma constitucional.

Un sector de la doctrina italiana<sup>524</sup>, al igual que sucede en nuestro ordenamiento jurídico, distingue entre la prueba ilegítima, cuando el precepto violado es de naturaleza procesal y prueba ilícita, cuando se contravengan disposiciones jurídicas de carácter material, mientras que otros autores sostienen la necesidad para la exclusión en el juicio de la prueba ilícita, de que la violación sea de una norma procesal.

En términos generales, la doctrina italiana permite que la obtención ilegal de una fuente de prueba no obste a su eficaz incorporación en el proceso, siempre y cuando esta incorporación se realice respetando las normas que la regulen.

En lo que respecta a las consecuencias jurídicas derivadas de las infracciones cometidas en la obtención de la prueba<sup>525</sup>, la doctrina italiana utiliza el concepto de *inutilizzabilità*, el cual se halla recogido normativamente en el art. 191 del Codice di Procedura Penale de 1988. Dicho precepto bajo el epígrafe “La evidencia adquirida ilegalmente” dispone: “las pruebas obtenidas con violación de las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas”.

---

considera que dicho planteamiento es excesivo ya que no todas las normas sobre las pruebas penales se han de considerar como normas de garantía del imputado sino que las mismas tienen otros fines, como por ejemplo la búsqueda de la verdad o salvaguardar un desarrollo eficaz del procedimiento.

<sup>524</sup> A modo de ejemplo, procede citar a GALANTINI: *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Edit. CEDAM, Padova, 1992, pág. 83.

<sup>525</sup> El examen de esta interesante cuestión en nuestro ordenamiento jurídico será objeto de comentario en el presente trabajo.

Como bien recoge MIRANDA ESTRAMPES<sup>526</sup> la *inutilizzabilità* de la prueba ilícita, como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba ilícita despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión del medio de prueba y en el momento de su valoración por el Tribunal, a diferencia de lo que sucede generalmente en la práctica en nuestro proceso, en la que la decisión sobre la licitud o ilicitud de la prueba se difiere al momento de dictar sentencia.

Otro de los ordenamientos a los que necesariamente debemos hacer referencia es al norteamericano, si bien por razones de estructura del presente trabajo, será objeto de análisis en el apartado relativo al examen del art. 11.1 de la L.O.P.J.

### **1.1.3) Evolución jurisprudencial del concepto de prueba ilícita**

Como ya hemos indicado, cabe subrayar que el concepto de prueba ilícita ha sido acuñado por la jurisprudencia, motivo por el que como es lógico y a fin de evitar confusiones, se ha terminado por imponer. Seguidamente realizaremos un análisis de la evolución que ha tenido en la doctrina jurisprudencial del T.C. la cuestión de la prueba ilícita, que dividiremos en tres etapas: una inicial marcada por su falta de reconocimiento hasta la relevante S.T.C. 114/1984, que proclamó por primera vez la prohibición de utilizar pruebas cuando en el momento de su obtención se hubieren infringido derechos fundamentales; la de evolución hacia un Estado de Derecho más

---

<sup>526</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., pág. 94.

garantista que abarca hasta 1998 y la última, que podríamos llamar de involución.

Como tendremos ocasión de comprobar la actual doctrina del T.C. tiende a reconocer una mayor discrecionalidad al Juzgador a fin de que teniendo en cuenta o ponderando los intereses en juego y todas las circunstancias del caso concreto, resuelva mediante resolución motivada, si ha existido o no un proceso justo, y en caso de declaración de prueba ilícita, se determine su concreto alcance. Dicha nueva tendencia ha sido denominada por la doctrina<sup>527</sup> como principio de la “relativización de la prueba ilícita”, operando como elemento de contraste “la calidad de la motivación” de la decisión adoptada sobre la existencia o no de prueba ilícita y en su caso, de su alcance y efectos.

Pasemos ahora sí a comentar las tres etapas jurisprudenciales:

a) Etapa inicial.- Como hemos dicho la STC 114/1984, de 29 de noviembre<sup>528</sup>, marcó un hito importante en nuestro ordenamiento jurídico al ocuparse del valor probatorio de los medios de prueba obtenidos ilícitamente en un momento en que se carecía de normas jurídicas acerca de la prueba ilícita. Dicha resolución proclamó por primera vez la prohibición de utilizar pruebas cuando en el momento de su obtención se hubieren infringido derechos o libertades fundamentales.

---

<sup>527</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Angel: *La prueba ilícita en el proceso penal*, ob.cit., pág. 68. Como bien apunta dicho autor se está sin duda ante una cuestión especialmente problemática atendida la imposibilidad de promulgar una ley sobre esta materia marcada por el casuismo, donde cada vez lo que resulta más difícil o complejo no es la aplicación del derecho sino la motivación fáctica, esto es, la declaración de los hechos probados y en consecuencia, la racionalidad y acierto de sus pronunciamientos.

<sup>528</sup> Para un detallado e interesante análisis de dicha sentencia, y su comparación con la evolución de la jurisprudencia norteamericana, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., págs. 77 a 82.

De esta manera, recogiendo el sentir de una parte de la doctrina, se apartó del criterio que había mantenido la jurisprudencia anterior<sup>529</sup>, según la cual en el proceso penal debía prevalecer el interés público en la búsqueda de la verdad al declarar que el interés particular “puede ceder ante la primera exigencia (la obtención de la verdad) cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa directa e inmediata de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso”.

Antes de seguir con el análisis de dicho relevante pronunciamiento, conviene tener presente que la anterior doctrina jurisprudencial del T.C., siendo un claro ejemplo de ello el Auto 289/1984, de 16 de mayo<sup>530</sup>, había rechazado la teoría de la prueba

---

<sup>529</sup> Efectivamente la jurisprudencia anterior a dicha sentencia se mostraba incapaz de encontrar soluciones ante la obtención de la verdad material como consecuencia de haberse transgredido derechos fundamentales como reconoce la propia sentencia, admitiendo al mismo tiempo la inexistencia de norma alguna que prohibiera la valoración de las pruebas obtenidas ilícitamente: “No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del art. 556 de la LECr, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención. A este respecto son divergentes las opiniones doctrinales y las soluciones acogidas en los distintos ordenamientos” (F.J. 3°).

<sup>530</sup> Dicho Auto desestima la demanda de amparo en base a los mismos razonamientos jurídicos que en el recurso de amparo 764/1983 que son los arriba mencionados, si bien reconoce los intentos de varios procesalistas en el año 1974 de proponer una nueva redacción del art. 579 de la L.E.Crim. en el sentido de estimar inadmisibles los medios de pruebas obtenidos por medios reprobables según la moral o atentarios contra la dignidad de la persona.

En el citado ATC 289/1984 la demanda de amparo invocaba el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos y estimaba que tal principio debe aplicarse a la documentación que confiada judicialmente en custodia a



prohibida principalmente por la falta de apoyo de una petición así en alguna norma del Derecho positivo o en la propia Constitución y en segundo lugar, por considerar que no se trataba de un principio general del Derecho reconocido por la jurisprudencia para incorporarlo al Derecho positivo, sino una mera aspiración de *lege ferenda*. Es en base a todo ello, por lo que el T.C. entendía que no existía ninguna norma que prohibiera al Juez o Tribunal valorar pruebas con independencia de cual fuera su origen.

Efectivamente dicha sentencia fue la precursora del desarrollo legislativo posterior en el art. 11.1 de la L.O.P.J.<sup>531</sup> y a partir de la cual se fijaron las primeras premisas para elaborar la garantía de la inadmisibilidad de las pruebas ilícitas, obtenidas directa o indirectamente mediante la violación de derechos fundamentales, siendo de destacar que este primer fallo sobre prueba prohibida no trae causa del orden penal, sino del laboral<sup>532</sup>.

---

una firma de Abogados ingleses, les «fue sustraída» «incurriendo en engaño, abuso de confianza y grave infracción jurídica», porque siendo en gran parte esa documentación aportada al sumario, así como también la ocupada por el Gobierno al expropiar la empresa RUMASA, sirvió sustancialmente para extraer de ellas los indicios racionales para el procesamiento, por lo que se solicitaba la nulidad de las resoluciones judiciales que decretaron tal medida y la confirmaron. En definitiva, el recurrente alegaba que el Auto de procesamiento violó el derecho a la presunción de inocencia al resultar aquella resolución, según su parecer, objetivamente infundada.

<sup>531</sup> En parecidos términos, cabe citar las Reglas Mínimas del Proceso Penal, conocidas también como Reglas de Mallorca, al establecer en su regla 33<sup>a</sup> que “no se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta que quebranten derechos fundamentales. La vulneración de esta prohibición acaerá la nulidad de pleno Derecho de las resoluciones judiciales que las utilicen”. Dichas reglas pueden consultarse en: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>.

Estas reglas mínimas fueron elaboradas por una Comisión de Expertos reunidos en Palma de Mallorca en varias sesiones durante los años, 1990, 1991 y 1992, bajo el auspicio de Naciones Unidas y la coordinación por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid y la asistencia de destacados juristas como el Magistrado D. Enrique Ruiz Vadillo.

<sup>532</sup> En el ámbito laboral, la ilicitud probatoria se cristalizó en el art. 90.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, el cual hace referencia expresa a “la violación de derechos fundamentales o libertades públicas al establecer: “Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido,

El recurrente en amparo (redactor de un periódico) alegaba la vulneración de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por haberse incorporado, como instrumento probatorio, al proceso laboral seguido a su instancia contra el despido de que fue objeto, una grabación fonográfica de la conversación mantenida por él con otro interlocutor, quien había obtenido dicha grabación sin su conocimiento.

El actor denunciaba en amparo la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) al entender que dicho precepto protegía la intimidad de la conversación no sólo frente a terceros, sino también frente a cualquiera de los comunicantes, impidiendo en consecuencia, la colocación por uno de ellos, sin el consentimiento del otro, de un instrumento de grabación que recogiera el contenido de la conversación, invocando asimismo como infringido el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.).

A falta de norma constitucional y, entonces legal, sobre la interdicción procesal de pruebas ilícitamente adquiridas, el fallo trae a colación el Derecho comparado y, en concreto, la teoría americana de la *exclusionary rule*, por la que no pueden admitirse en el proceso pruebas que vulneren la IV Enmienda de la Constitución, logrando así un efecto disuasorio (*deterrent effect*) de este tipo de conductas entre los agentes de la autoridad. En nuestro ordenamiento, si se admitieran pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales (en este caso, al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE) quedaría afectado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la igualdad de partes en el juicio, pues una de ellas se ha provisto de

---

salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas».

instrumentos probatorios en contra de los derechos fundamentales de otro (art. 14 CE). De esta manera el concepto de "medios de prueba pertinentes" que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse "pertinente" un instrumento probatorio así obtenido.

El Alto Tribunal no apreció contravención al derecho al secreto de las comunicaciones en la conducta denunciada, al afirmar que dicho derecho no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma protegida sino que dicha norma garantiza su impenetrabilidad frente a terceros. En definitiva, estimó que es indispensable la presencia de un tercero entre los interlocutores para configurar el ilícito constitucional del art. 18.3 C.E.<sup>533</sup>.

Los principales postulados que se derivan de la STC 114/1984 son los siguientes:

1º.- Inexistencia de un derecho fundamental autónomo al rechazo de pruebas obtenidas ilícitamente. Así se establece de forma expresa que "no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita (...) un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico" (F.J. 2º)<sup>534</sup>.

---

<sup>533</sup> En efecto tal y como declara en su F.J. 7º: "No hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 C.E. la retención por cualquier medio del contenido del mensaje". Dicha doctrina como ya hemos tenido ocasión de comprobar ha sido la adoptada también por el T.S.

<sup>534</sup> Y continúa al afirmar: "La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental".

2°.- Se distingue entre actos contrarios a derechos fundamentales reconocidos en la C.E. y actos que atenten contra otras normas del ordenamiento (de legalidad ordinaria).

3°. Proclamó la inadmisibilidad con carácter absoluto de las pruebas obtenidas violentando derechos o libertades fundamentales. Razona que la imposibilidad de admisión de estas pruebas deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y su condición de inviolables (art. 10.1 C.E.)<sup>535</sup>. Según el Alto Tribunal constatada la obtención de las pruebas con violación de

---

Procede mencionar que es el primer fallo en materia de prueba prohibida pero que se dictó en el ámbito de un proceso laboral y no penal, lo cual explicaría que el T.C. no basara la regla de exclusión probatoria en el derecho del acusado a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.), mientras que sí lo ha hecho en la mayoría de las sentencias dictadas en asuntos procedentes del orden penal. Un buen ejemplo de ello, es la STC 81/1998, en la que la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías se supedita al derecho a la presunción de inocencia.

En este sentido, se pronuncian DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., pág. 30, quienes aclaran que cuando no se trata de un proceso penal no cabrá aducir la presunción de inocencia como derecho fundamental que sustenta la prohibición de emplear pruebas ilícitas, sino que debería considerarse que se está en presencia del derecho al proceso con todas las garantías. Lo cierto es que la doctrina del TC ha expandido dicha garantía en los procesos laborales por despido (STC 37/1985, de 8 de marzo), en el proceso administrativo sancionador (consagrado en el art. 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) y a ciertos procesos civiles, de los que se pueda derivar un resultado sancionador o limitativo de derechos.

<sup>535</sup> En su F.J. 4° declaró: “Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la ‘resistencia’ frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de elemento esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica (...). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto- público o, en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el deterrent effect propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos).

En esta línea, pronto la STC 197/1985 vino a sumarse a tal dirección doctrinal.

derechos fundamentales, su recepción procesal implica, una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 C.E.), introduce una desigualdad entre las partes (art. 14 C.E.) e impide considerar “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido (art. 24.2 C.E.).

Como bien apunta FIDALGO GALLARDO<sup>536</sup> respecto de la STC 117/1984, su *obiter dictum* precisó la inexistencia de un derecho constitucional a la desestimación de las pruebas ilícitas, que es más bien expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de derechos fundamentales.

En la misma línea, MARTÍNEZ GARCÍA<sup>537</sup> reflexiona sobre los postulados de la sentencia y matiza que existe un derecho procesal a que se inadmitan las pruebas obtenidas con violación de derecho fundamental, pero éste al no tener plasmación constitucional sólo tiene relevancia de amparo, si hubo conexión o “ligazón” (en palabras de la autora) con la violación de derecho fundamental material. De tal forma que si se constata que no hay “ligazón” habrá habido violación del derecho fundamental pero no de la garantía, lo que impedirá ser susceptible de amparo por no haberse vulnerado la presunción de inocencia ni el proceso celebrado con todas las garantías.

Por su parte, GÓMEZ COLOMER<sup>538</sup> señala a modo de conclusión que sólo las pruebas pertinentes y útiles pueden desvirtuar la

---

<sup>536</sup> FIDALGO GALLARDO, Carlos: “Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 LOPJ (RCL 1985/1578, 2635), ed. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2003, págs. 24 y 25.

<sup>537</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., pág.81.

<sup>538</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato», GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 115.

presunción de inocencia y a falta de prueba de cargo no se puede condenar.

Respecto a la valoración de dicho pronunciamiento existe también un sector doctrinal crítico con la misma porque considera que no deja claro el fundamento de la prohibición a la utilización de las pruebas obtenidas ilícitamente. Así se han posicionado LÓPEZ-BARAJAS<sup>539</sup> y DE LA OLIVA SANTOS<sup>540</sup>, para quien una cosa es afirmar “la posición preferente de los derechos fundamentales” y otra bien distinta que esa “posición preferente” exija privar de todo valor procesal a instrumentos probatorios en sí mismos pertinentes y útiles. En definitiva, entienden que la ineficacia o inadmisibilidad de los instrumentos probatorios ilícitamente obtenidos es una opción del legislador.

En cuanto a las consecuencias procesales cabe una doble clasificación de la jurisprudencia constitucional: por un lado, sobre la regla de exclusión, la presunción de inocencia<sup>541</sup> y, por otro, de la eficacia refleja de las pruebas ilícitas y su actual involución, lo cual será objeto de análisis en el próximo apartado.

Sin embargo, dicha sentencia ha sido objeto de crítica por la doctrina<sup>542</sup> por entender que a pesar del gran avance que la misma supuso, no dejó claro el fundamento de la prohibición de utilización de las pruebas toda vez que la considera principalmente como una

---

<sup>539</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, INMACULADA: “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 708/2006, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006

<sup>540</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, Libro Homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, *Ministerio de Justicia*, Madrid, 2004.

<sup>541</sup> Efectivamente la presunción de inocencia se convierte en el canon de ilicitud de esta prueba.

<sup>542</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992, págs. 114-118.

exigencia derivada de la “posición preferente” de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento y su condición de inviolables.

En la misma línea, MIRANDA ESTRAMPES<sup>543</sup>, el cual se muestra especialmente crítico al considerar que no puede utilizarse dicha sentencia para defender una concepción restrictiva de la prueba ilícita ya que entiende que el Alto Tribunal no trató de resolver la problemática de la prueba ilícita ni mucho menos dar una definición de la misma. De hecho, así lo reconoce la propia sentencia en su F.J. 4º al declarar “que no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente de constatar la resistencia frente a la misma de los derechos fundamentales”.

En parecidos términos, DE LA OLIVA SANTOS<sup>544</sup> quien sostiene que una cosa es afirmar la “posición preferente de los derechos fundamentales” y otra bien distinta que esa “posición preferente” exija privar de todo valor procesal a instrumentos probatorios en sí mismos pertinentes y útiles<sup>545</sup>. Dicho autor entiende que la inadmisibilidad o ineficacia de los instrumentos probatorios ilícitamente obtenidos es una opción del legislador, no de exigencia derivada del Texto Constitucional.

---

<sup>543</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., págs. 24 y 25.

<sup>544</sup> DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, Libro Homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, *Ministerio de Justicia*, Madrid, 2004.

<sup>545</sup> Hay que tener presente que esta no es una cuestión pacífica sino que existen otros autores que sostienen que es precisamente esa posición de preeminencia de los demás derechos fundamentales sobre el derecho fundamental a la prueba, como parte del derecho a la tutela judicial civil. Este es el caso de SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *El derecho a la prueba en el proceso civil español*, Libro homenaje a Jaime Guasp, ed. Comares. Granada, 1984, págs. 548 y ss. y PASTOR BORGONÓN, Blanca: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitas”, ob.cit., págs. 337 y ss., entre otros.

ASENCIO MELLADO<sup>546</sup> también plantea sus dudas sobre este primer pronunciamiento del T.C. en orden a la inadmisión en el proceso de la prueba ilícitamente obtenida. Considera que hay dos cuestiones a dilucidar: en primer lugar, si bien reconoce que la prohibición de practicar las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales supuso un innegable avance en nuestro proceso penal, apunta que sería conveniente a fin de evitar confusiones, distinguir entre aquellas pruebas prohibidas en sentido estricto (las que contravengan lo dispuesto en el art. 11.1 L.O.P.J.), de la prueba prohibida en sentido amplio, que serían las no practicadas con todas las debidas garantías, encuadrables en la presunción de inocencia. Lo contrario, entiende no depuraría por completo el procedimiento en tanto que podría darse el caso en que se admitiera la práctica de una prueba que a pesar de no haber infringido los derechos fundamentales en su obtención, no debería ser utilizada por su difícil encuadre con la presunción de inocencia.

En segundo lugar, dicho autor se plantea si de dicho pronunciamiento debe afirmarse que los derechos fundamentales son ilimitables en méritos de un procedimiento penal, a lo cual responde en sentido negativo, pues tal y como ya hemos comentado a lo largo del presente trabajo, los derechos fundamentales admiten restricciones o dicho de otro modo, pueden verse limitados en función de las circunstancias concurrentes atendiendo al principio de proporcionalidad, valorando por tanto, los intereses en juego (del Estado versus imputado), a fin de decidir sobre la injerencia o no en el derecho fundamental en cuestión.

---

<sup>546</sup> ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob. cit., pág. 79.



Bajo mi punto de vista, si bien es innegable la relevancia del pronunciamiento objeto de análisis al establecer la imposibilidad de tomar en consideración las pruebas obtenidas vulnerando un derecho fundamental, máxime cuando se materializó dicha prohibición en el art. 11.1 de la L.O.P.J., comparto la crítica de un sector doctrinal en el sentido que dicha sentencia podría haber tratado de dar una definición más amplia de qué debe entenderse por prueba ilícita que fuera extrapolable a diversos supuestos y que en definitiva aportara una mayor seguridad jurídica al proceso atendida su trascendencia, al estar en juego la presunción de inocencia.

En mi opinión, la STC 114/1984 puso de relieve que no se trata de la mera prolongación en el proceso de los derechos fundamentales sustantivos, sino que más bien afecta a un derecho fundamental procesal del artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836) y, en concreto, a la presunción de inocencia, salvo ciertas oscilaciones en la jurisprudencia constitucional a favor del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>547</sup>.

Ciertamente una de las cuestiones más complejas ha sido dilucidar dónde ubicar la garantía procesal de la inadmisión de las pruebas ilícitas. DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES <sup>548</sup> tras un detallado análisis sobre este particular, sostienen que dicha garantía se trata en la mayoría de los casos de uno más de los contenidos de la presunción de inocencia, razón por la que consideran que la sentencia

---

<sup>547</sup> En este sentido es de destacar la STC 81/1998, de 2 de abril (condena por delito contra la salud pública) en lo que se refiere a la incidencia del derecho a un proceso con todas las garantías, que como tendremos ocasión de comprobar introduce criterios más laxos en la interpretación de la doctrina de “los frutos del árbol envenenado”. Dicha tesis se reitera en las SSTC 49/1999, de 5 de abril y 139/1999, de 22 de julio, entre otras.

<sup>548</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit. págs. 29 a 31.

de constante referencia vino a expandir el ámbito de la presunción de inocencia<sup>549</sup>. Entienden que la presunción de inocencia se convierte por imperativo de la propia doctrina del TC en el derecho fundamental que abarca, necesariamente, cualquier aspecto atinente a la actividad probatoria que se emplea frente al acusado en el proceso penal.

Sin embargo como ellos mismos apuntan en ocasiones también se ha señalado que dicha garantía debe encuadrarse en el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 C.E., y otras, en la igualdad de las partes del art. 14.1 C.E. (SSTC 49/1996 y 114/1984), concluyendo que lo más correcto es situar la referida garantía constitucional en el art. 24.2 C.E.<sup>550</sup>.

Pasemos ahora a analizar la doctrina jurisprudencial del T.S. en esta primera etapa, en la que se pueden distinguir dos líneas claramente diferenciadas: una mayoritaria que se decanta por una concepción restrictiva, que concibe la prueba ilícita con aquella en cuya obtención o práctica se han lesionado derechos fundamentales; y otra minoritaria, partidaria de una concepción más amplia de ilicitud probatoria, conforme a la cual se admite que dicha ilicitud puede traer

---

<sup>549</sup> Dicha afirmación encuentra su reflejo en diversas sentencias posteriores del TC como la 127/1996, de 9 de julio y la STC 86/1995, de 6 de junio, la cual declaró en su F.J. 2º: “El derecho a la presunción de inocencia exige, en último término, que la prueba se realice a través de medios que sean constitucionalmente legítimos, lo que supone que en su obtención se hayan respetado los derechos fundamentales, pues sólo la prueba regularmente obtenida y practicada con estricto respeto a la Constitución, puede ser considerada por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria.

<sup>550</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit. págs. 29 a 31, estiman que ello es más correcto que concebirla como una garantía transversal que forme parte del contenido constitucional de todos los derechos fundamentales, al modo por ejemplo, del principio de proporcionalidad, lo que posibilitaría entonces, invocarla a través del derecho fundamental sustantivo al que estuviese afecto a cada caso.

causa tanto de la infracción de un derecho fundamental como de una norma de legalidad ordinaria, aunque limita su ineficacia a los supuestos en que la prueba haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

Antes de apuntar los pronunciamientos más significativos de cada una de las referidas posturas jurisprudenciales, vaya ya por delante, que ambas nos llevan a la práctica al mismo resultado, esto es, a delimitar la imposibilidad de utilizar procesalmente las pruebas ilícitas que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. Este también es el criterio adoptado por el art. 11.1 de la L.O.P.J., el cual analizaremos en próximos apartados.

Respecto a la postura mayoritaria, sin duda la resolución más relevante es el Auto del T.S. de 18.06.1992 (RJ 1992/6102)<sup>551</sup>, conocido como caso Naseiro, el cual declaró la imposibilidad de valorar aquellas pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, distinguiéndolas de las infracciones de otras normas de legalidad ordinaria, puesto que lo contrario supondría una infracción del derecho a un proceso con todas garantías (art. 24.2 C.E.), del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.) y al mismo tiempo contravendría lo dispuesto en el art. 11.1 L.O.P.J.. Dicha resolución apuntaba que debe acudirse al criterio de “ponderación de intereses” (principio de proporcionalidad)<sup>552</sup>,

---

<sup>551</sup> Efectivamente en su F.J. 4º concluyó: “Nadie alega en España la imposibilidad constitucional y legal de la valoración de las pruebas obtenidas con infracción de Derechos Fundamentales por la colisión que ello entrañaría con el Derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE) y con el art. 11.1 LOPJ”.

En dicho Auto se indicó la importancia del respecto a la dignidad e intimidad de la persona humana permitiendo las intromisiones en la vida privada sólo si existe el obligado correlato o proporcionalidad entre el derecho afectado y la intromisión efectuada. Este planteamiento se justifica porque los derechos fundamentales y el derecho a la intimidad lo es, son derechos de mayor valor (STC 66/1985).

<sup>552</sup> Como el propio Auto declara, la proporcionalidad se proyecta en muchas direcciones: gravedad del hecho, viabilidad de la medida, intereses afectados,

que en otras ocasiones ha utilizado la propia Sala del T.S. como el T.E.D.H.<sup>553</sup>.

Al igual que sucede con la doctrina, dentro de esta postura jurisprudencial se viene distinguiendo entre prueba ilícita y prueba irregular, siendo la primera de ellas la única que se asocia con la infracción de derechos fundamentales y respecto de la cual se entiende que es de aplicación la doctrina norteamericana “de los frutos del árbol envenenado” (*the fruit of the poisonous tree*)<sup>554</sup>. Mientras que la apreciación de prueba irregular, conlleva un efecto claramente distinto: no supone negar todo el valor probatorio a la diligencia practicada.

Esta distinción jurisprudencial<sup>555</sup> es la que se ha consolidado durante el transcurso de los años<sup>556</sup> y la que impera actualmente.

---

trascendencia de la cuestión. No pudiendo considerarse en abstracto sino de forma equilibrada, armónica y motivada con el correspondiente control judicial para su efectiva realización y seguimiento.

<sup>553</sup> Así el art. 8 del C.E.D.H., se refiere a que las medidas de intervención, en general, serán exclusivamente las necesarias, y necesario significa lo que se corresponde con una necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida con la injerencia.

<sup>554</sup> Dicha doctrina también conocida como de la “prueba refleja” o “derivada” de otra ilícitamente obtenida, a cuyo análisis se dedicará un apartado, trata de expandir el efecto invalidante de la irregularidad o ilicitud probatoria (de la obtención de la prueba) no sólo a la conseguida directamente contraveniendo el Derecho, sino también a aquella que habiendo sido conseguida de manera lícita se basa, apoya o deriva de otra, sin embargo, conseguida de manera irregular o ilícita.

<sup>555</sup> Esta distinción jurisprudencial también fue acogida por la Fiscalía General del Estado, concretamente en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1996 (pág. 1343), que se pronunció de forma muy clara: “por prueba ilícita se entiende aquélla en la que en su origen y/o desarrollo se ha vulnerado un derecho o libertad fundamental; prueba prohibida sería la consecuencia de la prueba ilícita, esto es, aquella prueba que no puede ser traída al proceso puesto que en su génesis ha vulnerado derechos o libertades fundamentales; y, finalmente la prueba irregular sería aquélla generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica”.

<sup>556</sup> Así se han pronunciado, entre muchas otras, las S.S.T.S., 2a, de 02.07.1993 (RJ 1993/5703), de 04.03.1995 (RJ 1995/1801) y de 29.04.1995 (RJ 1995/3027). En cuanto a la jurisprudencia del T.C., procede destacar la STC de 21.05.1986 la cual sistematizó el criterio, adoptado por las resoluciones posteriores, que los problemas que se plantean en relación a las pruebas obtenidas con violación

En cuanto a la línea minoritaria, destacaremos dos sentencias: i) la Sentencia del T.S., de 29.03.1990 (RJ 1990/2647), la cual pone el límite cronológico del cambio de criterio expuesto en la STC 114/1984 y en el art. 11.1 L.O.P.J.. Dicha sentencia<sup>557</sup> hace breve un repaso histórico, señalando que tradicionalmente la doctrina había reconocido relevancia a las pruebas ilegítimamente obtenidas porque en la ponderación de los intereses en juego, se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de que en el proceso penal debía pretenderse la obtención de la verdad material, por encima de lo que se estimaba un interés personal.

Sin embargo, dicha sentencia matiza que cuando estos derechos de la persona se conciben como pieza clave para la organización de una convivencia verdaderamente justa, humana y pacífica, entonces la perspectiva cambia y se impone la necesidad de estimar radicalmente nula la prueba así obtenida, como un supuesto de acto contrario a las normas imperativas y prohibitivas a que se refiere el art. 6.3 del C.C<sup>558</sup>.

Como puede observarse, en dicha sentencia no se descarta el que la ilicitud pueda tener su origen en otros supuestos distintos a la violación de derechos fundamentales, aunque limita los efectos de

---

de derechos fundamentales “se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión”.

<sup>557</sup> La referida resolución trae causa de un registro en el que se hallaron sustancias estupefacientes sin consentimiento del inquilino ni autorización judicial.

<sup>558</sup> Así en su F.J. 2º declara: “cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza”.

nulidad radical y de ineficacia procesal a los casos de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales.

ii) La otra sentencia, es la S.T.S., 2ª, de 16.12.1991 (RJ 1991/9350)<sup>559</sup>, la cual con cita de línea jurisprudencial anterior<sup>560</sup>, sostiene que “por prueba ilegítimamente obtenida no debe entenderse tan sólo aquella que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar, directa o indirectamente, contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple con las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria”<sup>561</sup>.

Por tanto, a sensu contrario, por prueba ilícita o ilegítima debe entenderse no sólo aquella cuya obtención o práctica se han violentado derechos fundamentales, sino también aquella que ha sido obtenida con infracción de la legalidad procesal ordinaria.

PAZ RUBIO <sup>562</sup> resume cuál es el valor que la doctrina jurisprudencial tanto del T.S. y del T.C. de esta primera etapa, otorgó a las pruebas ilícitas, destacando que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. Lo que sí que hay es una garantía objetiva del orden

---

<sup>559</sup> Dicha resolución examina si deben estimarse o no nulas las diligencias de entrada y registro en las que se hallaron sustancias psicotrópicas, practicadas sin la intervención del Secretario Judicial y de los testigos, acudiendo sólo diversos funcionarios policiales.

<sup>560</sup> S.S.T.S., 2a, de 12-5, 23-6 y 12-9-1986 (RJ 1986\2452, RJ 1986\3187 y RJ 1986\4671) y 24-2-1990 (RJ 1990\1616).

<sup>561</sup> Pero como bien puntualiza DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, ob. cit. pág. 1, ello no puede llevar a identificar el tema de la ilicitud probatoria con la eliminación del valor probatorio derivado de práctica defectuosa o irregular de una prueba o de una diligencia de investigación ya que entiende se trata de dos cuestiones distintas.

<sup>562</sup> PAZ RUBIO, José María: *La prueba en el proceso penal*, ob.cit., págs. 30 y ss. También es partidario de dicho criterio, GONZÁLEZ GARCÍA, María Jesús: “El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita”, *Revista de Derecho*, vol. 18, núm. 2, 2005, pág. 197.

de la libertad de la que deriva “la nulidad radical de todo acto público o privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución”.

Según dicho autor, el fundamento de tal conclusión lo encuentran ambos Tribunales en que la recepción procesal de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24. 2 C.E.) y una inaceptable confirmación de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 C.E.).

Antes de analizar la segunda etapa de la evolución de la doctrina jurisprudencial, considero que debemos hacer referencia a los criterios que ha sostenido el TEDH, en sus primeros pronunciamientos entorno a la prueba ilícita, en particular en los Casos Scheinchelbauer (16 de diciembre de 1970), Schenk (12 de julio de 1988)<sup>563</sup> y Edwards (16 de diciembre de 1992)<sup>564</sup>, que podemos sintetizar en los siguientes<sup>565</sup>:

---

<sup>563</sup> En dicha sentencia, el Tribunal abordó el problema de la admisibilidad de las pruebas ilícitas desde la perspectiva del derecho a un proceso justo y equitativo previsto en el art. 6.1 del Convenio, optando por una solución que podríamos calificar de intermedia entre aquellos que sostienen la admisibilidad de las pruebas ilícitas y los que mantienen una posición contraria a su admisión en el proceso penal que conlleva su radical exclusión.

El objeto del recurso recaía en discernir sobre la admisibilidad o no de una cinta en la que se había registrado una conversación telefónica sin la preceptiva autorización judicial, necesaria de conformidad con la legislación suiza (Estado demandado). Según el Alto Tribunal, únicamente le corresponde averiguar si el proceso, considerado en su conjunto, fue un proceso justo. Concluye que la simple admisión de una prueba obtenida ilegalmente no determina una vulneración del derecho a un proceso justo, sino que para decidir sobre la eventual violación de las garantías que derivan del reconocimiento de este derecho habrá que examinar el proceso penal en su conjunto.

Asimismo el TEDH descarta que se hubiera infringido el derecho de defensa, toda vez que el demandante no ignoraba que la grabación era ilegal al no haber sido decretada por un Juez competente, además tuvo la posibilidad de impugnar su autenticidad y de impugnar su uso, y principalmente por el hecho de que la grabación no fue la única prueba en la que el Tribunal fundó su condena.

<sup>564</sup> Entre los pronunciamientos posteriores merece hacer mención a la STEDH de 12.05.2000 (caso Khan vs Reino Unido), la cual reproduce la doctrina del caso SCHENK, en la que pese a declarar que la legislación británica aplicable al caso no

- La exclusión de las pruebas ilegales es consecuencia de la garantía a un proceso equitativo (*fair trial*).

- Se viola la noción de proceso equitativo si se impide la contradicción, por lo que el acusado tiene derecho a combatir todas las pruebas presentadas por la acusación.

- La apreciación del carácter equitativo o no de un proceso debe hacerse en conjunto pues la existencia de pruebas ilícitas puede verse contrarestanda por otras lícitas.

- La segunda instancia permite subsanar las ilicitudes producidas en la fase anterior.

- La acumulación de irregularidades vulnera la garantía a un proceso equitativo aún cuando aquéllas, consideradas aisladamente, no violaran por sí mismas el Convenio Europeo.

Lo cierto es que el T.E.D.H. se distanció claramente de la jurisprudencia norteamericana de las *exclusionary rules* y para ello lo que hizo fue interpretar el derecho a un proceso justo y equitativo consagrado en el art. 6.1 del C.E.D.H.<sup>566</sup> en el sentido de ponderar en

---

superaba las exigencias de control de calidad conforme a lo previsto en el art. 8.2 del Convenio, la misma permitió dar validez probatoria a las grabaciones de las conversaciones obtenidas gracias a la injerencia (declarada ilícita), precisamente en aplicación de dicha doctrina sobre la interpretación conjunta de los medios de prueba, tanto de los lícitos como ilícitos, a efectos de determinar si existió o no un proceso justo.

<sup>565</sup> Para un análisis más detenidos de dichos principios, URBANO CASTRILLO, Eduardo de y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La Prueba Ilícita Penal*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 36 a 38.

<sup>566</sup> Dicho artículo es del tenor literal siguiente: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en



cada caso concreto si de la valoración conjunta de toda la prueba, lícita o ilícitamente obtenida, podía apreciarse o no la existencia de un proceso equitativo en la que la eventual condena pudiera considerarse fruto de un proceso con respeto a tal derecho reconocido en el art. 6.1 del Convenio.

b) 2ª etapa.- Durante el período de tiempo que oscila entre la STC 114/1984 a la STC 81/1998 se observa en la jurisprudencia del TC que se avecina un cambio, manifestado a través de constantes vaivenes y ciertas contradicciones en sus pronunciamientos. De hecho una de las excepciones a la regla general de exclusión admitidas durante ese lapso de tiempo será la constitutiva de la fuente independiente, por la que se admiten pruebas derivadas de la ilícita pero basadas en un nexo o causa independiente de la originaria.

La proliferación de sentencias absolutorias en asuntos de especial calado social como consecuencia de la automática aplicación de la doctrina sobre la derivación de la ilicitud de la prueba directa a la prueba refleja o derivada, contribuyó a generar una sensación de impunidad que trascendía a la conciencia social respecto de personas que ya habían sido consideradas como criminales, y fue ese clamor social como apunta GIMENO SENDRA<sup>567</sup> el principal responsable de la irrupción definitiva de la llamada conexión de antijuricidad.

---

circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

<sup>567</sup> GIMENO SENDRA, Vicente y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, ob.cit., pág. 423.

La resolución más relevante durante dicho período es sin duda la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81)<sup>568</sup> en la que aborda la problemática de la prueba prohibida sobre bases distintas a las hasta entonces vigentes.

En síntesis, los hechos declarados probados en la instancia fueron los siguientes: A raíz de unas diligencias policiales de investigación que derivaron en la intervención judicialmente autorizada del teléfono normalmente utilizado por el acusado éste fue detenido cuando salía de una vivienda habitada por el otro acusado, momento en el que arrojó dos paquetes que contenían cierta cantidad de droga, siendo condenado como autor de un delito contra la salud pública.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación la cual declaró vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, no obstante no estimó el recurso por considerar que las pruebas que habían servido de base a su condena eran independientes de las intervenciones telefónicas decretadas<sup>569</sup>.

Ante dicha resolución, el condenado presentó demanda de amparo ante el T.C. con fundamento básicamente en dos motivos: en primer lugar, en la vulneración del derecho a un proceso con todas las

---

<sup>568</sup> Un análisis detallado de dicha sentencia lo encontramos en JUANES PECES, Ángel: “La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, *Actualidad Aranzadi*, núm. 353, 30 julio 1998, págs. 1-4 así como en MUERZA ESPARZA, Julio José: “Sobre el efecto de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81))”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Volumen IV, Parte Estudio, Pamplona, 1998, págs. 1 a 5.

<sup>569</sup> Tal como se señala en el antecedente 2, a) de la sentencia objeto de comentario: “las pruebas con base a las que se le condenó -testifical de cuatro guardias civiles y aprehensión por los mismos de la sustancia estupefaciente- son independientes de las intervenciones telefónicas decretadas, ya que ninguna de las conversaciones recogidas fue determinante causal de la ocupación de la droga”.

garantías ya que, a su juicio, la prueba obtenida como consecuencia de otra ilícita es inadmisibile, nula e ineficaz; en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, entendía que no había existido una mínima actividad probatoria producida con respeto a las garantías procesales que pudiera entenderse de cargo, por lo que no se había desvirtuado la presunción de inocencia<sup>570</sup>.

Por tanto, la problemática planteada se centraba en dilucidar si los elementos de pruebas en los que el órgano judicial basó su convicción eran o no “jurídicamente independientes de la intervención telefónica declarada contraria al derecho al secreto de comunicaciones pese a hallarse causalmente conectados con ella y no verse por ello afectados por el acto lesivo del derecho fundamental” o, si tales elementos probatorios derivan y tienen conexión causal con la intervención declarada ilícita. (F.J. 1º).

En definitiva, se trataba de determinar cuándo una prueba que tiene su origen en otras, declarada nula, deviene también ilícita. Este es precisamente el punto en que el T.C. matiza su doctrina anterior, analizando el concepto de “jurídicamente independientes” e introduciendo la teoría de la conexión de antijuricidad.

Según esta nueva doctrina, para el reconocimiento de eficacia refleja ya no es suficiente con la existencia de una relación causal-natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada ilícita, sino que es

---

<sup>570</sup> Resulta interesante destacar que el Ministerio Fiscal también interesó la estimación de la demanda de amparo, por entender, entre otros motivos que el Tribunal Supremo no hizo una debida valoración del origen de la prueba que sirvió de fuente de convicción al Tribunal (la testifical de los agentes de la autoridad) ya que a su juicio ésta, “deriva causalmente de la intervención telefónica, a través de la cual pudo saberse que se iba a producir un encuentro del investigado con otra persona” (antecedente octavo), por lo que la prueba en la que se basó la condena tiene su origen en la inconstitucional intervención del teléfono, sin la cual no se hubiese podido conocer el pase de la droga la noche de la detención.

necesaria además la existencia de “una conexión de antijuricidad”, cuya apreciación dependerá de la índole y características de la vulneración originaria del derecho fundamental, así como de su resultado, y de las necesidades esenciales de tutela del derecho fundamental afectado por la ilicitud (lo que el TC denomina perspectiva interna y externa)<sup>571</sup>.

Dicho en otras palabras, no basta para considerar a una prueba derivada de otra, como nula, con que ésta tenga su origen en otra declarada ilícita (doctrina vigente hasta entonces), sino que además se requiere la conexión de antijuricidad entre la prueba inicialmente vulneradora del derecho fundamental y la derivada de aquélla. Por tanto, la conexión de antijuricidad se erige en el criterio clave a la hora de valorar desde una perspectiva constitucional la validez de las pruebas derivadas de otras claramente vulneradoras de derechos fundamentales.

Aplicando los parámetros fijados para determinar si una prueba refleja es o no ilícita por conexión con otro anterior, el Tribunal examina en su F.J. 5º tales criterios en relación al caso enjuiciado. Analizadas las circunstancias concurrentes, y especialmente el seguimiento del que

---

<sup>571</sup> Efectivamente, en su F.J. 4º así lo declara: “Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, hemos de analizar, en primer término la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunidades exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981 [ RTC 1981\11], fundamento jurídico 8.º).

Estas dos perspectivas como apunta JUANES PECES, Ángel: “La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, ob. cit. pág. 2, son complementarias.

era objeto el recurrente, el Alto Tribunal entendió que atendidas las sospechas que recaían sobre el mismo y la irrelevancia de los datos obtenidos a través de la intervención telefónica, ésta última no fue determinante ni indispensable para la ocupación de la droga, o dicho de otro modo, que ésta habría tenido lugar igualmente con independencia de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>572</sup>.

Como consecuencia de los criterios que utiliza para determinar si la prueba practicada es o no válida, el TC introduce otra novedad respecto de la doctrina tradicional, al sostener que el análisis sobre la licitud o no de la prueba ha de realizarse ahora desde la perspectiva de si se ha vulnerado el derecho a un proceso justo y no el derecho a la presunción de inocencia, como sucedía hasta entonces<sup>573</sup>. (F.J. 3º).

El Alto Tribunal parte de la premisa de que el derecho a la presunción de inocencia, entendido como derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, no puede erigirse al mismo tiempo como canon de validez de las pruebas, sino que éste debe venir dado por el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. En base a ello entiende que puede acaecer que al valorar pruebas obtenidas con

---

<sup>572</sup> Finalmente el Alto Tribunal rechazó el amparo en base a las siguientes consideraciones:

“a) La vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE) fue reparada por el TS, al excluir de las pruebas las conversaciones telefónicas.

b) Porque existen otras pruebas de cargo válidamente obtenidas, que destruyen la presunción de inocencia”.

<sup>573</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., págs. 95 a 103 examina los principales postulados de la polémica sentencia, concluyendo que el “juicio de experiencia” consistente en determinar la existencia de conexión antijurídica entre prueba ilícitas originarias o derivadas, se realiza bajo la cobertura del principio del proceso debido, que se convierte aparentemente en el test de validez de las pruebas, que las convierte desde una perspectiva natural en pruebas independientes.

Según la misma, la función del Alto Tribunal se focaliza en comprobar la razonabilidad de ese juicio de experiencia sobre la conexión o no de la antijuricidad de la prueba originaria con la derivada, realizado por la Jurisdicción ordinaria.

vulneración de derechos fundamentales, puede resultar lesionado tanto el derecho a la presunción de inocencia como el derecho a un proceso con todas las garantías<sup>574</sup>.

En este sentido, como señalan DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>575</sup> dicha sentencia así como las posteriores que aplican su doctrina, no viene sino a alterar el fundamento constitucional del art. 11.1 de la L.O.P.J., de tal forma que la prohibición de tener en consideración pruebas que se hubieran obtenido mediante la lesión de un derecho fundamental se encontraría, como garantía objetiva e implícita de los derechos fundamentales, en el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.).

Por tanto, puede afirmarse que la STC 81/1998, de 2 de abril, marcó un hito toda vez que reconocía que por el mero hecho de valorar la prueba ilícita se lesionaba el derecho a un proceso con todas las garantías, al margen de su influencia en el resultado final, anticipando así el momento de la lesión de los derechos fundamentales procesales.

Sin embargo, procede indicar que el avance antes indicado no se ha aplicado jamás en resoluciones posteriores sino que siempre se ha condicionado al hecho que la lesión del derecho fundamental procesal

---

<sup>574</sup> Establecida dicha diferenciación entre ambos derechos, el TC concluye en su F.J. 3º: “Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo -el secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE- nuestro análisis ha de discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad pueden hallarse -como aquí sucede- íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada”.

<sup>575</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., págs. 32 y 33. Dichos autores citan como sentencias que refrendan la doctrina de la STC 81/1998, las SSTC 49/1999, 94/1999, 166/1999 y 299/2000, entre muchas otras.

tenga trascendencia en el resultado del proceso a través de la exigencia de la causación de indefensión<sup>576</sup>. Dicho en otras palabras, lo cierto es que a pesar de la aparente novedad de la doctrina emanada del T.C., éste nunca ha abordado el problema del momento de la consumación de la lesión de los derechos fundamentales procesales en el sentido de si deben entenderse o no infringidos con el dictado de la interlocutoria que admite el medio de prueba en cuestión<sup>577</sup>. Llegados a este punto cabe preguntarse ¿es que denegar un medio de prueba pertinente no tiene trascendencia constitucional por sí mismo?

Según algunos autores como DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>578</sup> la solución a dicho problema pasa por admitir que sólo se produce la consumación de la lesión del derecho fundamental procesal en la resolución definitiva, aunque precisan que de hecho la perfección de la lesión se produce con la resolución interlocutoria.

Asimismo la STC 81/1998, de 2 de abril, supone prácticamente la desaparición de la eficacia refleja en el proceso penal, tal y como sostiene un sector doctrinal<sup>579</sup>. Con dicha sentencia, como apunta

---

<sup>576</sup> Sobre este particular MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., pág. 204, opina que es absurdo llegar a la conclusión de que sólo tiene trascendencia constitucional la lesión del derecho al proceso justo cuando haya tenido influencia en el resultado del proceso.

<sup>577</sup> Para un estudio más detallado de esta cuestión, veáse, DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., págs. 57 a 60.

<sup>578</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob. cit., págs. 61 a 63.

<sup>579</sup> En este sentido, veáse MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., pág. 129 y 130. Dicho autor señala que tras dicho fallo, tan sólo en dos ocasiones (SSTC 50/2000 y 299/2000), el T.C. ha acabado reconociendo eficacia refleja y otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, habiéndose desestimado el amparo en todos los demás casos por estimar que no concurría la necesaria conexión de antijuricidad entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada.

MARTÍNEZ GARCÍA<sup>580</sup>, se ha producido el efecto contrario que el logrado con la relevante STC 114/1984 que instauró la regla de exclusión tanto de las pruebas directas como derivadas toda vez que la STC 81/1998, acabó de consagrar la doctrina de los frutos del árbol envenenado pero a base de reducir en primer lugar, la garantía procesal para poder así, en segundo término, negar una aplicación excesivamente garantista de esa doctrina.

Pese a lo revolucionario del fallo, el T.C. no ha seguido el patrón establecido en la misma, y ha conectado el derecho a un proceso con todas las garantías con el resultado del proceso, es decir, solapándose con la presunción de inocencia<sup>581</sup>. Así que, con el paso del tiempo, el análisis constitucional ha vuelto sobre la presunción de inocencia.

---

Según la citada STC 50/2000, de 28 de febrero, la conexión de antijuricidad no es más que un criterio definidor de la relación de causalidad entre la prueba ilícita y las restantes pruebas de cargo.

<sup>580</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob. cit., pág. 103.

<sup>581</sup> Así lo sostienen DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., pág. 39, los cuales tras realizar un estudio de los pronunciamientos posteriores a la sentencia objeto de estudio, observan que el T.C. no ha aplicado la doctrina revolucionaria que el mismo predicó. Según los mismos, cada vez que se hubiese lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías al tomarse en considerarse la prueba ilícita, el Alto Tribunal debería haber declarado la lesión y acceder al amparo, decidiendo qué concretas consecuencias se derivan.

Dichos autores van más allá y afirman que el T.C. no ha utilizado nunca su teoría relativa a la lesión de los derechos fundamentales procesales de forma efectiva, ya que entienden que incluso en los casos en que el Alto Tribunal constata la lesión de un derecho fundamental sustantivo y comprueba que se ha empleado prueba que deviene directamente de esa lesión, primero la excluye y luego analiza si existe otra independiente, según su peculiar canon, pero nunca declara la lesión del derecho fundamental procesal por el mero hecho de haber utilizado esa prueba.



c) 3ª etapa.- ¿Evolución o involución tras la doctrina de la STC 81/1998?

A partir de la comentada STC 81/1998, el T.C. ya no se va a pronunciar con un carácter absoluto acerca de la regla de la exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, sino que va a admitir la existencia de excepciones. Un buen ejemplo de ello, lo constituye la STC 49/1999<sup>582</sup>, la cual tras reproducir la doctrina de la STC 114/1984 acerca de la posición preferente de los derechos fundamentales y de su condición de inviolables (art 10 C.E.) introduce un nuevo aspecto al declarar en su F.J. 12º: “En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente legítimos”.

Así, frente a la inicial formulación de la regla de exclusión general de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, el T.C. prevé tres importantes excepciones, las cuales no han estado exentas de crítica<sup>583</sup>: la confesión voluntaria del inculcado -que rompe

---

<sup>582</sup> En mi opinión, merece especial atención el voto particular formulado por el entonces Presidente del T.C. en el que se fija la atención a la doctrina jurisprudencial del T.S. de Estados Unidos, al afirmar: “El punto de referencia implícito pasan a ser ahora los Estados Unidos, es decir, el del simple derecho comparado, y las categorías elaboradas por su Tribunal Supremo desde principios de este siglo...” y más adelante añade que: “Es necesario, por tanto, admitir que no es absolutamente inexorable la exigencia de que en cualquier supuesto y al margen de cualquier otra consideración sea excluida la prueba ilegalmente obtenida”. Por último, es de señalar que de una lectura de la transcrita sentencia se deriva que el reconocimiento de la lesión del proceso con todas las garantías se supedita continuamente a la lesión de la presunción de inocencia.

<sup>583</sup> Como señala MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., pág. 133, el T.C. no ha establecido un *numerus clausus* de excepciones a la ineficacia de la prueba refleja, lo que sin duda habría contribuido a una mayor seguridad jurídica al disponer los Tribunales de una excesiva discrecionalidad para apreciar la conexión de antijuricidad entre la prueba ilícita y la derivada.

la conexión de antijuricidad con la prueba original ilícita-, pero incorpora al proceso las pruebas derivadas del ilícito inicial, (STC 161/1999, de 27 de septiembre); el hallazgo inevitable y la excepción de buena fe (STC 22/2003, de 10 febrero), las cuales analizaremos seguidamente.

## **2) Excepciones a la prueba refleja**

Se trata de construcciones complejas que tratan, por un lado, de evitar la impunidad y, por otro, de proteger en el proceso penal a la autoridad pública, frente a posibles fallos en su investigación, que podrían derivar inexorablemente en la absolución del acusado. Como pone de relieve la S.T.S., 2ª, de 18.07.2002 (RJ 2002/7997): "es necesario manejar con suma precaución la doctrina de la denominada "conexión de antijuricidad" (...) pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11 1º de la LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985" (F.J. 3º). En otras palabras, se advierte el peligro de que el punto de inflexión iniciado por la STC 81/1998, al admitir excepciones a las pruebas reflejas, podría llevar a la admisión de las mismas en las pruebas directas.

Lo cierto es que el T.C. con la sentencia nº 81/1998 ha limitado el ámbito de aplicación de la garantía de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, toda vez que tras la misma ya no se garantiza al ciudadano de antemano que todo el material derivado de la violación de

un derecho fundamental quedará excluido de la causa<sup>584</sup>, sino que ahora dependerá de un triple factor o test: de la gravedad de la violación, el resultado obtenido y la eficacia disuasoria que sobre los poderes públicos pueda tener tal trasgresión, de forma que ese material ilícito puede llegar a ser introducido en el proceso.

Especialmente críticos con la doctrina emanada de la STC 81/1998 se han mostrado DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>585</sup>, para quienes la garantía de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida se ha convertido a partir de la referida sentencia en una garantía restringible que ha cedido frente a la búsqueda de la verdad material.

Concretamente dichos autores entienden que a través de una construcción excesivamente artificiosa<sup>586</sup> el T.C. ha cuestionado el carácter absoluto de la eficacia refleja, autorizando la apreciación de excepciones en función de las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto y de la vulneración del derecho fundamental en cuestión. Pasemos ahora sí a analizar dichas excepciones.

---

<sup>584</sup> En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., págs. 203 y 204.

<sup>585</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 103 a 105, los cuales no están de acuerdo en la debilitación de la garantía de la inadmisión de la prueba, cuando la misma ya había encontrado su plasmación en la legalidad ordinari (art. 11.1 L.O.P.J.) y había sido reconocida por numerosa doctrina jurisprudencial. Especialmente interesante es el análisis crítico que dichos autores realizan de la controvertida STC 81/1998, destacando una primera parte que consideran muy positiva al reconcerse la existencia de la vuleración del derecho a un proceso con todas las garantías por el mero hecho de valorarse la prueba ilícita, con independencia de su trascendencia en el resultado del proceso, y una segunda parte en la que incomprensiblemente se restringe la garantía de la inadmisión de la prueba ilícita, ob.cit., págs. 37 a 40.

<sup>586</sup> Consideran que es artificiosa la diferenciación entre independencia real e independencia jurídica.

## 2.1) La confesión voluntaria del inculpado

Lo cierto es que la teoría de la conexión de antijuricidad ha propiciado la aceptación de la confesión voluntaria del imputado como causa de ruptura de la conexión entre la prueba ilícita originaria y las pruebas reflejas (obtenidas como consecuencia de la confesión voluntaria del acusado).

Se admite que la confesión voluntaria del acusado es idónea para fundamentar una sentencia de condena aunque verse sobre datos o informaciones obtenidas mediante la violación de un derecho fundamental.

La primera resolución en que el T.C. trató a fondo dicha problemática fue en la relevante S.T.C. 86/1995, de 6 de junio<sup>587</sup>. En dicha resolución, tiene su origen en la detención del recurrente por hallarse en posesión de un bolso que llevaba en el coche que contenía 25 kgs. de hachís, información que había sido obtenida como consecuencia de una escucha telefónica, que posteriormente fue declarada conculcadora del derecho al secreto de las comunicaciones.

---

<sup>587</sup> En puridad, como apunta MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., pág. 134 esta excepción recuerda la doctrina establecida por el T.S. norteamericano en el caso OREGON vs ELSTADT, 470 US (1985) en la cual si bien no se admitió la validez de la primera confesión del detenido practicada sin haber sido informado de su derecho a mantener silencio conforme a lo exigido en las reglas Miranda, se admitió la validez de una nueva confesión realizada con posterioridad tras la información de sus derechos por la policía.

En nuestro ordenamiento jurídico la sentencia pionera fue la STC 85/1994, de 14 de marzo, la cual introdujo los postulados de las doctrinas causalistas implicados en la interpretación inicial del art. 11.1 de la L.O.P.J. al enfrentarse a la cuestión sobre si la ilicitud de raigambre constitucional extiende su fuerza anulatoria a las confesiones obtenidas por virtud de la evidencia deducida de tal prueba ilícita.

La defensa del recurrente alegaba la imposibilidad (prohibición) de tener en consideración por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 de la L.O.P.J. la primera declaración de su patrocinado ante la Guardia Civil en la que había reconocido todos y cada uno de los hechos que se le imputaban toda vez que el mismo careció de asistencia letrada, a pesar de que su posterior declaración ante el Juez mantuvo el sentido de su anterior declaración.

Ante dicha situación el Alto Tribunal no niega la existencia de relación de causalidad entre la información obtenida de la escucha ilegal y la detención del imputado en posesión de la droga, definiendo la confesión como evidencia derivativa pero niega que la misma quede viciada por la ilegalidad original.

Para llegar a tal conclusión, el T.C. lo hace principalmente teniendo en consideración un factor más bien psicológico como es la espontaneidad de la confesión, esto es, la tendencia que tienen muchas personas a no guardar silencio ante una acusación contra su persona intentando dar una explicación más o menos convincente de lo acaecido o bien confesando los hechos ante las evidencias que se le exponen.

Efectivamente el Alto Tribunal es consciente de tal realidad y así lo reconoce al admitir que probablemente la confesión no habría tenido lugar en un contexto diferente<sup>588</sup>. Si bien es muy importante la

---

<sup>588</sup> Así en su F.J. 4º declara: “Ciertamente, contra la posibilidad de valoración probatoria de la confesión prestada ante la evidencia del hallazgo de los objetos incriminatorios puede aducirse que la misma difícilmente habría tenido lugar, de un modo espontáneo, de no haber estado precedida de la ocupación de los efectos del delito”.

<sup>102</sup> Igual cita se reconoce igualmente en posteriores pronunciamientos como la STC 161/1999, de 27 de septiembre y la STC, Pleno, 184/2003, de 23 de noviembre. En estas sentencias podemos afirmar que el respeto a las garantías procesales y constitucionales se mantiene como definidor en sí de la voluntariedad y espontaneidad de la confesión.

matización que el propio T.C. realiza entorno a la validez de la confesión: “La validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de la condiciones externas y objetivas de su obtención<sup>589</sup>.”

Por lo tanto, la validez dependerá de que se hayan respetado las garantías procesales y constitucionales de toda persona detenida y que son básicamente el deber de hacerle las advertencias legales, la información de sus derechos y la necesaria asistencia letrada en su declaración. En tal contexto, la doctrina jurisprudencial insiste en que deberá prestarse especial atención a la correlación entre la espontaneidad de la confesión del imputado y el control de no haberse producido irregularidades en su declaración<sup>590</sup>, de tal modo que si la declaración se realiza con respeto a todas las garantías procesales y constitucionales, la fuerza expansiva de la ilicitud de la prueba originaria –piénsese en una escucha telefónica conculcadora del art. 18.3 C.E.- no podría, en un principio, alcanzar a la confesión como medio de prueba autónomo.

Posteriormente encontramos muchos otros pronunciamientos del T.C. que aprecian dicha excepción al amparo de la teoría de la conexión de antijuricidad. Un buen ejemplo de ello lo es la STC 161/1999<sup>591</sup>, de

---

<sup>590</sup> En este sentido, declara en su F.J. 4º: “Asimismo, debe tenerse en cuenta la proximidad temporal entre la confesión y la confesión ilegal pues resulta evidente que la voluntariedad de la confesión se encuentra comprometida, en mayor medida, cuando al confesante no se le ha advertido, previamente, que podía negarse a declarar especialmente si la autoincriminación se produce, como sucede en el presente caso, inmediatamente después de conocer el resultado de la intervención ilegal”.

<sup>591</sup> En parecidos términos, SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, 8/2000, de 17 de enero y 184/2003, de 23 de noviembre entre otras. En la primera de las sentencias, la nº 239/1999, las pruebas que habían sido obtenidas directamente mediante la violación del derecho del secreto de las comunicaciones fueron admitidas y se declararon útiles para condenar a los imputados no afectados por la violación del derecho fundamental. La no identidad entre el titular del derecho fundamental

27 de septiembre, la cual examina el recurso en que se denuncia la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías por entender que el T.S. debería haber anulado el juicio al ser nula, según su criterio, la prueba practicada.

El recurrente fue condenado por hallarse en su domicilio un alijo de drogas, cuyo hallazgo fue posible como consecuencia de una diligencia de entrada y registro acordada judicialmente pero sin motivación suficiente, tal y como estimó el T.S. Sin embargo, dicho Tribunal consideró que había otros elementos que le permitían fundamentar la sentencia condenatoria como era la propia confesión del detenido de tenencia ilícita de drogas.

El T.C. estima razonable y justificada la decisión del T.S. de considerar la declaración del recurrente como prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, y por ello, prueba válida por haber sido obtenida con todas las garantías para fundamentar su condena y en consecuencia, no estimar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia<sup>592</sup>.

---

afectado y el sujeto que reclama en amparo, implica según el Tribunal la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena. La prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la condena de tercero y no del titular del derecho material, sirvió como prueba directa de cargo (veáanse F.F.J.J. 3º y 4º).

<sup>592</sup> Así concluye en su F.J. 4º: b) Las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada”.

Como bien señala RODRÍGUEZ LAINZ <sup>593</sup>, el respeto a las garantías constitucionales y procesales en la declaración confesoria convierte en independientes e inmunes a las consecuencias de la posible irradiación de la antijuricidad de la prueba de la que se extraen las evidencias que llevan al posterior interrogatorio del imputado y ulterior espontánea y voluntaria confesión.

Así lo sostiene con rotundidad el T.C., en su sentencia, Pleno, 184/2003, de 23 de noviembre, según la cual no sólo debe darse por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito, sino que tal confesión voluntaria: “atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental”. (F.J. 2º).

A criterio del T.C. se rompería en caso de no haberse respetado las garantías procesales en la obtención de la confesión, así como cuando se obtuviere en un entorno de *compulsión, inducción fraudulenta o intimidación* (ATC de 13.12.2000)<sup>594</sup>.

Respecto al derecho a no autoincriminarse, cabe destacar entre las más recientes, la STC 18/2005, de 1 de febrero, la cual haciendo suya la doctrina emanada del T.E.D.H.<sup>595</sup>, como contenido del núcleo de la noción de proceso justo garantizado por el Convenio de Roma,

---

<sup>593</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 60.

<sup>594</sup> De hecho, esta sanción de la inducción fraudulenta ya fue reconocida en la relevante STC 81/1998, de 2 de abril, ya que supone el conocimiento en quien interroga de que está obrando induciendo a erro al declarante, no la actuación bajo la creencia de estar obrando lícitamente.

<sup>595</sup> Entre muchas otras, cabe citar las S.S.T.E.D.H. de 20.10.1997 caso *Serves vs Francia*; de 21.12.200, caso *Henaey y Mc Guinness vs Irlanda*, de 03.05.2001 caso *Quinn vs Irlanda* y de 08.04.2004, caso *Weh vs Austria*.



declaró que “presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión contra la voluntad de la ‘persona acusada’ “.

Esta doctrina ha sido admitida también por el T.S., habiéndose dictado numerosos pronunciamientos que permiten la utilización probatoria de la confesión voluntaria del acusado como única prueba de contenido incriminatorio ante la ilicitud del resto de los elementos probatorios obtenidos durante la investigación judicial.

Las primeras resoluciones del T.S.<sup>596</sup> que admitieron dicha posibilidad, basándose en la espontaneidad y voluntariedad de la declaración autoincriminatoria, no veían obstáculo alguno en establecer una desconexión causal entre la prueba ilícita y la confesión del acusado, declarando que: “la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a la restante obrante en las actuaciones si es posible la desconexión causal de unas y otras”.

Tras la relevante STC 81/1998, de 2 abril, que supuso la introducción de la doctrina de la conexión de antijuridicidad en el ámbito jurisprudencial, la doctrina del T.S. se mantuvo completamente firme y acorde con los postulados pacíficos y consolidados de la jurisprudencia del T.C.. En efecto el T.S. adoptó los razonamientos de la libertad y espontaneidad del testimonio frente a las motivaciones subjetivas del confesante (STS, de 28.01.2002, RJ 2002/1855) así como la implicación de las garantías procesales y constitucionales en su obtención (STS, de 08.07.2002, RJ 2002/9091).

---

<sup>596</sup> Cabe citar las S.T.S., 2a, de 01.12.1995 (RJ 1995/8969), la cual a pesar de que se habían infringido las normas de la L.E.Crim. relativas a la diligencia de entrada y registró, estimó que tal irregularidad no contagiaba al resto de pruebas ni de datos que pudieran haberse acreditado de tal diligencia. En el mismo sentido, S.S.T.S., de 20.12.1994 (RJ 1994/10164) y de 23.09.1997 (RJ 1997/7259).

Como hemos dicho, la doctrina mayoritaria del T.S. siguió la línea jurisprudencial del T.C. en orden a la independencia de la confesión del imputado, si bien existieron algunos casos aislados en los que se estimó que se producía una irradiación de la ilicitud de la prueba originaria sobre la derivada del testimonio del imputado por considerar la existencia de una relación de causalidad natural entre una y otra prueba (STS, de 02.12.1998, RJ 1998/10077). Otro ejemplo de ello, lo es la STS de 13.03.1999 (RJ 1999/2105), la cual se mostró contraria a admitir la independencia de la confesión del imputado en base a la doctrina de los frutos del árbol prohibido<sup>597</sup>.

Tal consolidada y pacífica doctrina jurisprudencial relativa a la confesión del imputado tampoco estuvo exenta de crítica por parte de un sector doctrinal<sup>598</sup> que estimó que en realidad mediante la confesión se incorporaban al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos o conocidos mediante una actuación contraria a los

---

<sup>597</sup> Así en su F.J. 4º declaró: “De acuerdo con esta doctrina, la confesión de los acusados en el acto del juicio oral, aun realizada con todas las garantías propias de la asistencia letrada y derivadas de la instrucción de sus derechos, no pudo tener la virtud de subsanar la nulidad de la entrada y registro en el lugar donde se encontró la droga, porque aquellas confesiones eran pruebas dependientes de la afectada por la nulidad, con la que tenían una evidente conexión causal”.

<sup>598</sup> Así se posicionaron MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., págs. 134 y 135, el cual cita en su apoyo la interesante S.T.S., de 18.07.2002 (RJ 2002/7997), la cual advierte que ha de evitarse que la teoría de la conexión de antijuricidad se constituya en una suerte de fuente de inseguridad jurídica que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1 de la L.O.P.J. al declarar de forma contundente que: “La utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido para reclamar al acusado explicaciones sobre su procedencia, y seguidamente fundamentar la condena en la falta de verosimilitud de dichas explicaciones, constituye un ejemplo manifiesto de utilización indirecta de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11 1º de la LOPJ. Como anteriormente se ha señalado, prohibir el uso directo de medios probatorios inconstitucionalmente obtenidos y permitir su aprovechamiento indirecto para exigir al acusado una explicación sobre los mismos, utilizando sus respuestas como base probatoria, constituiría una proclamación vacía de contenido efectivo, e incluso una incitación a la utilización de procedimientos inconstitucionales que, indirectamente, acabarían surtiendo efecto en el proceso”.

derechos fundamentales, convalidando de esta forma el acto originario ilícito (prueba obtenida mediante violación de un derecho fundamental), incumpléndose de esta forma la prohibición de valoración consagrada en el art. 11.1 de la L.O.P.J..

Con el tiempo dicha unidad de criterio jurisprudencial por el T.S. y por el T.C. se fue diluyendo debido en parte por la existencia de un sector del T.S. partidario de una defensa incondicionada de los derechos fundamentales y por otro lado, por la proliferación de resoluciones del T.C. que acordaban devolver la causa al T.S. a fin de que revisara nuevamente el material probatorio, admitiendo como lícitas aquellas que previamente había desechado y en consecuencia, se emitieran nuevos pronunciamientos, lo cual como es lógico creaba malestar dentro del T.S. por la coexistencia de criterios opuestos<sup>599</sup>.

De tal confrontación, surge una teoría más radical del T.S. que considera contaminada la confesión del imputado sin admitir excepción alguna y frente a ésta, surgieron otras teorías que trataban a toda costa de intentar imponer la anterior doctrina mayoritaria común de ambos Tribunales<sup>600</sup>.

Un ejemplo de dicha jurisprudencia más extrema del T.S., es la S.T.S. de 17.01.2003 (RJ 2003/926)<sup>601</sup>, la cual analiza un supuesto de no presencia del detenido durante la práctica del registro domiciliario, declarando que dicha presencia es un requisito legal de *ius cogens*, con

---

<sup>599</sup> Un claro ejemplo de ello lo constituye la STC 28/2002, de 11 de febrero, la cual exigió un nuevo pronunciamiento de los Tribunales sentenciadores sobre la existencia y alcance de la conexión de antijuricidad y la suficiencia de las restantes pruebas ilícitas para fundamentar la condena.

<sup>600</sup> Para un análisis detallado de la evolución de dichas teorías, RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 69 a 94.

<sup>601</sup> En parecidos términos, se pronunció la S.T.S. de 22.01.2003 (RJ 2003/1130) y la S.T.S. de 04.04.2003 (RJ 2003/3848).

inequívoca relevancia constitucional, y debe darse para que resulte garantizado el derecho a contradecir y defenderse en juicio. El incumplimiento de dicho requisito conlleva, por aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J., la imposibilidad de utilizar en la causa como prueba de cargo el resultado de la diligencia de entrada y registro realizada de esta forma ilícita, cuestionando que en estos casos, se produzca esa desconexión jurídica que venía sosteniendo el T.C.<sup>602</sup>.

Finalmente dicha sentencia se apartó totalmente del criterio mantenido por el T.C. relativo a la legitimidad constitucional de la condena basada en la simple confesión del acusado confirmando que: “Y no es en absoluto realista suponer que el interrogado, de haber sido consciente de que tenía a su alcance la absolución con sólo negar la existencia de la droga, no se hubiera decantado por ello. En cualquier caso, y aun cuando -en una improbable hipótesis de escuela- la

---

<sup>602</sup> La referida sentencia cuestiona la desconexión jurídica en base a dos fundamentos que expone claramente en su F.J. 4º: “Primero, porque toda la información relevante, incluida la que sirvió de base para que el instructor y la acusación pudieran formular al imputado no recurrente las preguntas que dieron lugar a sus declaraciones autoinculatorias, fue obtenida, precisamente, merced a la vulneración del derecho fundamental del art. 18,2 CE (RCL 1978, 2836). De manera que entre el registro inconstitucional y esas manifestaciones corre un hilo conductor no simplemente causal-natural, sino de auténtica causalidad jurídica, al tratarse de actuaciones, todas, producidas en un marco jurídico-formal y a raíz de una previa decisión judicial. Decisión judicial ejecutada con infracción del deber ser constitucional y legal al que, como práctica procesal afectante a derechos fundamentales, tendría que haberse ajustado, y que -tras de no haber sido así- siguió proyectándose y produciendo efectos en el marco de posteriores actuaciones jurisdiccionales” y en segundo lugar “al estar acreditado que la información que sirvió de base al interrogatorio del imputado de que se trata fue obtenida mediante -y en el curso de- una entrada y registro declarada constitucionalmente ilícita, hay que concluir que las preguntas formuladas por el instructor, primero, y, luego, por la acusación como si no se hubiera dado esta perturbadora y antijurídica circunstancia merecen ser consideradas «capciosas», en el sentido de inductoras a error (art. 709 LECrim). Así ha de ser, puesto que se ocultó al interrogado -formalmente asistido de letrado, pero ingenuamente rendido ante la evidencia física del hallazgo de la droga, y desinformado por tanto- un dato relevante del contexto jurídico, esencial para la efectividad de su derecho de defensa: el de la invalidez radical de ese elemento de cargo. Un dato de tanta relevancia constitucional en el caso concreto, que se integra objetivamente en la información necesaria para un uso consciente y cabal por el inculpado del derecho a no declarar contra sí mismo (art. 24,2 CE)”.

declaración autoinculpatoria hubiese sido prestada con pleno conocimiento por quien deseara ser condenado, tampoco cabría reconocer a sus manifestaciones tal eficacia. Pues, en efecto, la aplicación del «ius puniendi», cuando concurre una causa objetiva de ilegitimidad constitucional que la excluye, no debe quedar librada a la facultad de optar de un imputado que, eventualmente, tuviera interés en suicidarse, procesalmente hablando”<sup>603</sup>.

También surgió otra postura jurisprudencial no tan radical que introdujo limitaciones al alcance de la doctrina de la conexión de antijuricidad condicionando la validez probatoria de la confesión voluntaria del acusado a que tuviera lugar una vez el Tribunal hubiere declarado la ilicitud de la diligencia inconstitucional y que este dato fuera conocido por el acusado (S.S.T.S., de 03.03.2002, RJ 2002/7131 y de 24.04.2003, RJ 2003/4231<sup>604</sup>).

Otra variante jurisprudencial entendía que dicha excepción era admisible únicamente si la declaración de ilicitud iba acompañada de la prohibición de preguntar al acusado acerca de los datos obtenidos con la diligencia ilícita, excluyéndose sus resultados del proceso, además de

---

<sup>603</sup> La comentada sentencia fue objeto de un voto particular en el que además de discreparse sobre la cuestión de fondo se alegaba la necesidad de haberse decidido el recurso por el Pleno toda vez que se apartaba de la doctrina mantenida hasta entonces por el T.S.

<sup>604</sup> Dicha sentencia distinguió tres supuestos: a) cuando el acusado sea preguntado en el plenario por hallazgos obtenidos en el marco de una prueba que con anterioridad a la vista oral el tribunal había declarado nula, b) cuando con carácter previo a la declaración del acusado en el juicio oral haya existido en el mismo plenario un debate acerca de la validez o no de una prueba y el tribunal haya resuelto en el acto sobre la nulidad o haya pospuesto la decisión a su resolución en sentencia, y c) cuando la nulidad de la prueba haya sido declarada en una instancia superior por un tribunal diferente del sentenciador. Salvo en el primer supuesto, en los demás casos la sentencia admite la utilización probatoria de la confesión del acusado, siempre que se haya practicado con información de derechos y asistencia letrada.

exigir que la confesión fuera espontánea y practicada con las debidas garantías. (STS de 24.02.2003, RJ 2003/2510<sup>605</sup>).

Ante tales posturas jurisprudenciales tan diferenciadas, se produjo una reacción<sup>606</sup> en busca de posiciones intermedias que fueran capaces de conciliar las dos líneas existentes. Efectivamente, la nueva línea jurisprudencial conocida como **teoría sobre el conocimiento de la ilicitud probable**, asume, en parte los postulados de la doctrina inicial (prohibición de valoración) y al mismo tiempo admite la posibilidad de excepcionar circunstancias atendiendo al caso concreto con la finalidad de ponderar si efectivamente se pudieron infringir o no derechos fundamentales por la forma en que se obtuvo la evidencia.

A efectos de analizar la existencia o no de desconexión, esta teoría se centra en comprobar principalmente si el imputado,

---

<sup>605</sup> En dicha sentencia se cuestionó que existiera una verdadera desconexión entre las declaraciones inculpatorias de los acusados y las diligencias practicadas con vulneración de derechos fundamentales, estableciendo en su F.J. 1º que: “Aplicando la doctrina de la conexión de antijuricidad con la prudencia sugerida en la Sentencia 1203/2002, no puede decirse que la declaración autoinculpatoria del acusado cuyo recurso examinamos estuviese desconectada de la diligencia de entrada y registro, a su vez inválida por haber dependido directamente de una información obtenida merced a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Tal desconexión no es apreciable por dos razones fundamentales:

A) En primer lugar, porque toda la información que sirvió de base para que el Instructor formulase al acusado las preguntas que dieron lugar a la declaración autoinculpatoria fue conseguida gracias, primeramente, a la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones que invalidó, después, el registro del domicilio, de forma que entre aquella inicial vulneración y la declaración del acusado corre un «hilo conductor» -Sentencia 28/2003 (RJ 2003, 926)- de causalidad natural y jurídica.

B) Y en segundo término porque, siendo constitucionalmente ilícito el origen de la información que tenía el Instructor, no era suficiente para romper aquel hilo conductor el hecho de que el acusado declarase voluntariamente y asistido de Letrado (...) si no se le advertía de la invalidez de la prueba que supuestamente obraba contra él”.

<sup>606</sup> La misma se aprecia a partir de la S.T.S., de 26.11.2003 (RJ 2003/9491), la cual pretende volver a la doctrina inicial. En dicha sentencia se advierte que es necesario manejar con precaución la doctrina de la conexión de antijuricidad. Según dicha relevante sentencia solamente puede considerarse la confesión como prueba desconectada jurídicamente de la actuación inconstitucional, si la misma no puede considerarse en absoluto como “una explotación o aprovechamiento ilegítimos de la violación constitucional”.

debidamente informado, participa libremente en la aportación de hechos incriminatorios, dicho en otras palabras, si ha optado por tomar la decisión de confesar libremente y previamente asesorado<sup>607</sup> (es el llamado criterio del posible conocimiento de la ilicitud probable), en condiciones que le permitan, formarse una opinión sobre la probabilidad de que la diligencia de investigación de la que se obtuvo la fuente de conocimiento pudiera ser declarada nula.

Una de las sentencias pioneras de esta línea jurisprudencial, es la S.T.S., 2ª, de 08.03.2004 (RJ 2004/2804), la cual analiza un caso en el que, fruto de una diligencia de entrada y registro, posteriormente declarada nula, en la que se descubrió droga, los detenidos reconocieron los hechos y su participación en el delito contra la salud pública que se les imputaba, tanto en su declaración ante la Policía como su primera declaración ante el Juzgado de Instrucción, retractándose de dichas declaraciones y ofreciendo una nueva versión de los hechos en el acto del juicio.

---

<sup>607</sup> Un buen ejemplo de ello es la S.T.S., 2ª, de 18.07.2002 (RJ 2002/7997), la cual concluye que para determinar si en cada caso concreto resulta procedente o no reconocer una auténtica situación de desconexión, será preciso: "(...) un especial análisis de las condiciones en las que se produjo la confesión incriminatoria, en orden a verificar que ella fue exponente de su libre voluntad autodeterminada y no viciada".

Y seguidamente se pronuncia de forma categórica al negar la posibilidad de admitir efectos derivados de la confesión del imputado que afecten a otros coimputados: "En consecuencia, la excepción admitida para los supuestos de confesión libre e informada del acusado, que debidamente asesorado y con plena conciencia de la ilegitimidad de la prueba decide pese a ello aceptar los hechos de forma voluntaria en el juicio oral, no puede extenderse a los efectos probatorios de dicha declaración para los coimputados que no confiesan los hechos, pues si bien la admisión voluntaria de los hechos por el acusado no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental, en cambio la utilización de la ocupación inconstitucional de la droga para que un coacusado implique a otro en su titularidad, constituye manifiestamente un aprovechamiento indirecto del resultado del acto ilícito". (F.J. 7º).

Finalmente dicha resolución concluye que al basarse la condena en pruebas (supuesta tenencia de un dinero en efectivo y unos paquetes de estupefacientes) que se habían obtenido violentando derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio), de las mismas no puede surtir efecto alguno de conformidad con el art. 11.1 de la L.O.P.J.

El Tribunal para dar respuesta a la problemática sobre la tacha de nulidad de tales declaraciones, acude en primer lugar a la teoría de la conexión de antijuricidad en el sentido de admitir que tales confesiones pueden realizarse con las mismas garantías de libertad, voluntariedad y espontaneidad, tanto en fase de instrucción como en el juicio oral<sup>608</sup>. Sin embargo, seguidamente el Alto Tribunal se hace eco de la corriente crítica resistente a la aplicación de las reglas de la conexión de antijuricidad, y admite que debe analizarse si existía por parte de los imputados un mínimo grado de concienciación sobre la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales que les permitiera decidir acerca de la conveniencia o no de participar autoincriminándose.

Es por ello, por lo que el Tribunal estima válidas las declaraciones prestadas en el juicio oral pero no así las realizadas ante la autoridad policial<sup>609</sup> por la simple razón que no se contaba con el asesoramiento previo de letrado, y lo mismo respecto a las declaraciones prestadas en situación de secreto de las actuaciones toda vez que el letrado no tiene acceso al contenido de lo actuado que le permita examinar las circunstancias en que se produjo la obtención de las pruebas a las que se enfrenta su cliente<sup>610</sup>.

---

<sup>608</sup> Para tal razonamiento, el Tribunal se basa en la STC 8/2000, de 17 de enero, la cual “considera que la doctrina que acabamos de exponer es aplicable no sólo a las declaraciones prestadas en el acto del juicio oral, sino también a las realizadas ante el Juzgado de Instrucción, siempre que, por supuesto, se hayan realizado con respeto de esas garantías que la Constitución y las leyes especiales establecen”.

<sup>609</sup> Efectivamente los recurrentes alegaban que dichas declaraciones se prestaron bajo ilícitas presiones y amenazas por parte de los funcionarios que intervinieron en las mismas.

<sup>610</sup> Proceder destacar el voto particular del Exmo. Sr. Ramos Moncedo, el cual sostiene que únicamente puede afirmarse la independencia de la confesión cuando el acusado: “(...) reconociera los hechos imputados después de haber sido debidamente asesorado respecto a la instada nulidad radical de las pruebas que facilitaron el



Merece también especial comentario la S.T.S., de 08.03.2004 (RJ 2004/1762), la cual analiza un interesante supuesto en el que la trasgresión de derechos fundamentales en torno al derecho al secreto de las comunicaciones no nace de la resolución en sí misma, sino de la no accesibilidad a las partes de las eventuales resoluciones que concedieron la autorización de la injerencia y eventuales prórrogas. El procedimiento se inició partiendo de la información obtenida en procedimiento seguido ante otro Juzgado de Instrucción que sería competente por razón de los indicios obtenidos en una investigación criminal seguida contra uno de los encausados.

Ante la ausencia en autos de los particulares sobre las diligencias seguidas en el Juzgado que iniciara la línea de investigación, y ante la consiguiente imposibilidad de poder determinar si la resolución habilitante y posibles prórrogas cumplían las exigencias constitucionales sobre procedencia, motivación y regularidad constitucional en su ejecución, el Alto Tribunal opta por hacer recaer en la acusación las consecuencias adversas de lo que estima irregularidades constitucionales en la obtención de las pruebas, por lo que considera que deben considerarse nulas por aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J<sup>611</sup>.

---

conocimiento de los hechos como estrategia de defensa, y las consecuencias procesales que pudiera tener el éxito de dicha técnica defensiva”.

<sup>611</sup> Así en su F.J. 1º concluye: “Todo ese cúmulo de dudas no pueden darse por superadas para considerar que la injerencia en el derecho ajeno, como incidencia de la investigación, no supuso vulneración de un derecho. Si hubo intervención telefónica, con la consiguiente restricción de un derecho fundamental, débese acreditar su regularidad y corrección legal, a efectos de convalidar el material probatorio que se obtuvo de la diligencia, si la parte a la que afecta la cuestiona.

Por todo ello debemos concluir que no se ha acreditado la legitimidad y regularidad de la intervención policial en el curso de la investigación, no mereciendo ser tenidos en cuenta los frutos de la misma, en aplicación del art. 11-1 LOPJ, en relación al 18 de la Constitución”.

Lo cierto es que la sentencia se enfrenta con una situación no analizada en ninguno de los precedentes que analizan la cuestión sobre la irradiación de la nulidad de la prueba originaria a la confesión del imputado derivada de aquélla. Ni la autoridad judicial ni las partes han tenido acceso efectivo al origen del derecho fundamental infringido ni a la forma en que se produjo dicha restricción, por lo que el imputado no ha podido optar por una determinada estrategia procesal, si bien según mi entender podría haber tenido conocimiento de ello si así lo hubiese reclamado al Juzgado.

Expulsada del acervo probatorio, la fuente del conocimiento, el Tribunal se enfrenta a la cuestión sobre si era posible o no desvincular de la fuerza expansiva de la nulidad de la prueba directa la confesión de los imputados (que incluso había sido mantenida en el juicio oral). Para ello parte de la asunción de la teoría de la conexión de antijuricidad si bien con el respeto a la plena independencia y licitud constitucional de la confesión realizada libre y voluntariamente.

Finalmente concluye que no puede entenderse desligada la confesión de los hechos ya que el conocimiento de las intervenciones telefónicas a las que habían estado sujetos las conocieron en el propio juicio tras la testifical practicada<sup>612</sup>.

Bajo mi punto de vista la novedad más significativa que introduce dicha teoría del conocimiento de la ilicitud probable es analizar si la defensa, y en consecuencia, el cliente, han podido tener acceso a la fuente de conocimiento de tal manera que puedan

---

<sup>612</sup> “Insistimos que para que actúe tal desconexión de antijuricidad en la confesión del imputado o acusado será preciso que se conozca la diligencia restrictiva del derecho fundamental o que el acusado haya tenido la oportunidad de asesorarse de letrado acerca de las posibles deficiencias que pudieran provocar su nulidad”. (F.J. 2º).

determinar su estrategia procesal en función de tal conocimiento. Ahora bien, lo cierto es que según mi parecer toda la problemática en torno a la validez sobre la confesión o no del acusado se puede evitar, aconsejándole que se acoja a su derecho a guardar silencio, que no reconozca los hechos relacionados con la evidencia hasta cuando pueda tomar una decisión sobre la estrategia que adoptará tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral una vez conozca todos los antecedentes.

Del análisis de las distintas posturas jurisprudenciales, estoy completamente de acuerdo con un sector doctrinal<sup>613</sup> que considera que de no existir otras evidencias o elementos probatorios independientes acerca de la supuesta culpabilidad del detenido, la confesión del mismo es insuficiente para destruir su presunción de inocencia, puesto que admitir lo contrario podría suponer una quiebra de los principios más elementales del Estado democrático y de Derecho.

Lo más apropiado según mi parecer, sería estar a las circunstancias del caso concreto en que tuvo lugar la declaración autoinculpatoria, para así poder discernir si tal declaración se produjo en un contexto de libertad y espontaneidad (tal y como exige la doctrina constitucional) que sea capaz de romper los vínculos de antijuricidad con la prueba ilícita originaria.

---

<sup>613</sup> Así lo estiman, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., págs. 212 y 213, que afirma que la simple confesión de un delito no es suficiente si no se tiene el indicio de la droga pues su cantidad también es determinante, así como MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob. cit., pág. 137 según el cual en la mayoría de los casos, la confesión difícilmente acreditaría la concurrencia de todos los elementos integrantes del tipo penal objeto de imputación.

Sin embargo, la solución ideal ante la coexistencia de tan dispares líneas jurisprudenciales<sup>614</sup>, tal y como señala RODRÍGUEZ LAINZ<sup>615</sup> sería que el Tribunal Constitucional estableciese una regla general y unas pautas interpretativas para categorías de supuestos de hechos similares que vincularan a los Tribunales ordinarios en los términos del art. 5.1 de la L.O.P.J., los cuales deben aplicar las máximas de experiencia para resolver el conflicto de la irradiación de la nulidad de la prueba directa a los demás medios de prueba en el caso concreto. De darse dicha situación, los precedentes jurisprudenciales del Alto Tribunal serían más difíciles de descartar por los órganos de la jurisdicción ordinaria, contribuyendo ello a una mayor seguridad jurídica en esta materia.

## 2.2) El “hallazgo o descubrimiento inevitable”<sup>616</sup>”

Otra de las excepciones que se han introducido al amparo de la teoría de la conexión de antijuricidad ha sido la del *descubrimiento probablemente independiente*. Dicha excepción tiene su origen en la doctrina sobre la fuente independiente<sup>617</sup> o más bien podríamos afirmar que es una derivación de ésta<sup>618</sup>.

---

<sup>614</sup> Efectivamente del análisis realizado se distingue la confrontación entre dos líneas que se muestran irreconciliables: las teorías clásicas de la autonomía de la confesión y la doctrina sobre la irradiación de la nulidad inicial a la refleja. Y una tercera línea (sobre el conocimiento de la ilicitud probable), de menor peso que las anteriores que con ánimo conciliador intenta aunar ambas posiciones.

<sup>615</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 99 y 100.

<sup>616</sup> Es importante no confundir el “descubrimiento inevitable” del “hallazgo casual” ya que como acertadamente apunta VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España), *Revista General del Derecho*, núm. 624, Valencia, 1996, pág. 10.173, “la limitación del descubrimiento inevitable precisa de actuaciones en curso lícitas encaminadas a probar el delito, lo que nunca se da en lo que se encuentra por mero azar y casualidad”.

<sup>617</sup> Para un análisis jurisprudencial sobre dicha doctrina que logra justificar la independencia causal entre dos pruebas aparentemente derivadas la una de la otra,

Si la doctrina sobre la fuente independiente partía de un juicio de probabilidad de haberse podido obtener la prueba por fuentes de conocimiento lícitas de entre las que concurrieron en la línea de investigación, en la teoría sobre el descubrimiento inevitable, el juicio de

---

veáse, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob. cit., págs. 89 y 90.

Procede tener en consideración que un sector de la doctrina, no precisamente minoritario, estima que la teoría de la fuente independiente no puede considerarse propiamente una excepción a la conexión de la antijuricidad. Este es el caso de DÍAZ CABIALE José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., pág. 105, quienes sostienen que no puede considerarse técnicamente una excepción y para explicar su razonamiento acuden a la STC 54/1996 en cuyo F.J. 9º declaró de forma clara: “hemos de determinar si con independencia del material probatorio obtenido mediante las conversaciones telefónicas ilícitas, hubo en el proceso otras pruebas de cargo válidamente practicadas, no derivadas directa o indirectamente de la misma, de las que pueda deducirse la participación del recurrente en los hechos por los que se ha emitido el pronunciamiento condenatorio” (F.J. 9º).

Por su parte MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., pág. 27 considera que el descubrimiento inevitable se configura como una modalidad de la anterior excepción de “fuente independiente”.

<sup>618</sup> Procede tener en consideración que la evolución hasta esta nueva teoría, pasa previamente por la *teoría del nexo causal atenuado* (denominación utilizada en Estados Unidos) o de ruptura del nexo de causalidad (según nuestra doctrina científica), que como bien apunta VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: Correcciones actuales y tendencias de futuro”, dentro de la obra *Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 12, Madrid, 1996, págs. 439 y ss., dentro de sus postulados se establecían una contrarreglas de exclusión como eran la de la exceptuación de las argumentaciones sofisticadas, es decir, aquellos supuestos en los que la correlación entre la prueba directa y refleja era tan complicada, que difícilmente pudiera pensarse que en la actuación ilícita de los agentes policiales pudieran éstos ni siquiera imaginar tal correlación, por lo que el efecto disuasorio (*deterrent effect*), carecería de sentido. También habían los llamados *criterios de atenuación del vicio o ilicitud quasi inicialmente independiente*, situaciones de auténtica ruptura del nexo de causalidad entre la fuente ilícita de conocimiento de la evidencia y la prueba derivada de aquélla.

Un destacado exponente de dicha doctrina fue el caso *Wong Sun vs. United States*, en el que la decisión de no declarar no vino del Sr. Wong (objeto de un registro arbitrario realizado en su domicilio) sino de una tercera persona, que por voluntad propia confesó los hechos inmediatamente después de haber sido detenida.

Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 98, concibe la doctrina del hallazgo inevitable como una corrección o modo de atenuación de la aplicación rígida de la teoría de la causalidad, sosteniendo así, “se podrá utilizar la fuente de prueba obtenida, si se tiene la absoluta certeza de que ésta, sin necesidad de la anterior diligencia ilegítima, también se hubiera podido adquirir con base en el material de hecho preexistente en la instrucción antes de cometerse la infracción de referencia”.

probabilidad se desvía a la posibilidad de obtenerse la evidencia de haber obrado con la debida corrección y proporcionalidad la autoridad responsable de la transgresión de alcance constitucional<sup>619</sup>.

Dicho en otras palabras, la prueba controvertida se admite porque hay motivos para creer que el conocimiento derivado de la violación del derecho fundamental no ha sido indispensable ni determinante para la obtención de la prueba en cuestión, de tal modo que como apunta GÁLVEZ MUÑOZ <sup>620</sup>, suprimida mentalmente la violación del derecho fundamental, la prueba hubiese sido obtenida razonablemente de la misma forma y de idéntica manera.

En parecidos términos, se expresan MARTÍNEZ GARCÍA <sup>621</sup> al afirmar que “tarde o temprano se hubiera llegado al mismo resultado de forma lícita y ello es lo que legitima su admisión” y LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ<sup>622</sup>, el cual admite como excepción, a los efectos de atenuar la aplicación rígida de los efectos reflejos de la prueba ilícita, aquellos casos en que se posea la absoluta certeza de que la fuente de prueba

---

<sup>619</sup> Especialmente clara me parece la distinción que realiza VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, ob.cit., pág. 10.159 al sostener que “el descubrimiento inevitable” se diferencia del “descubrimiento inevitable” en que lo importante a considerar no es si la policía en realidad consiguió la prueba confiando en una fuente no contaminada, sino en si la prueba adquirida de hecho gracias a una violación constitucional habría sido, de lo contrario, descubierta ineluctablemente de una fuente sin tacha, siendo ésta precisamente la razón de la validación de esta prueba.

<sup>620</sup> GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de GALVEZ derechos fundamentales. Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, ob.cit., pág. 186.

<sup>621</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril), ob. cit., pág. 90. Dicha autora apunta que el origen de la referida doctrina sobre la fuente independiente se halla en la sentencia dictada en EEUU en el año 1984 en el caso *Niz vs Williams* donde se justificó la admisión de estas pruebas derivadas porque podían haberse obtenido perfectamente sin tal ilicitud o irregularidad.

<sup>622</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 97-98.

obtenida también se hubiera podido adquirir con base en el material de hecho preexistente en la instrucción antes de cometerse la infracción.

Para PAZ RUBIO, MENDOZA MUÑOZ, OLLÉ SESÉ y RODRÍGUEZ MORICHE<sup>623</sup> la doctrina del hallazgo inevitable constituye un límite o freno al efecto reflejo de la prueba ilícita, cuando inevitablemente, y por métodos regulares ya existían cauces en marcha, con anterioridad a la intervención, que habrían desembocado, con independencia de la intervención, de todos modos en el descubrimiento de los hechos delictivos.

Como bien apunta RODRÍGUEZ LAINZ<sup>624</sup>, el órgano judicial se enfrenta a la necesidad de realizar un juicio de valor, y al mismo tiempo de probabilidad, sobre si el resultado ilícitamente obtenido, con transgresión de derechos fundamentales, podría haberse obtenido igualmente de haber obrado el funcionario público responsable con una mayor diligencia en el respeto de los derechos fundamentales en conflicto. Según dicho autor, este juicio de valor debe superar el nivel de la mera probabilidad, ya que es la convicción de que el resultado (la prueba) habría podido obtenerse de haberse obrado lícitamente, la que permite excepcionar la regla de la exclusión.

---

<sup>623</sup> PAZ RUBIO, José María, MENDOZA MUÑOZ, Julio, OLLÉ SESÉ, Manuel y RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, ob.cit., pág. 249. Los referidos autores entienden que la limitación del descubrimiento inevitable debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de buena fe para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a acelerar por vías no constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente.

<sup>624</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., pág. 35. Según dicho autor, el origen histórica de la teoría sobre el descubrimiento inevitable se halla en la sentencia del caso Nix vs. Williams de 1984, en la que se justificó la admisión de las pruebas derivadas porque podían haberse perfectamente conseguido sin la ilicitud o irregularidad con las que fueron obtenidas. Para un análisis detallado de dicha sentencia, véase MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., pág. 91.

Ahora bien para evitar los abusos que ello habría podido comportar, tal criterio exceptuador se vio limitado por dos parámetros. VELASCO NUÑEZ<sup>625</sup> los sintetiza en la prohibición de actuaciones dolosas (*atajos*), que tendieran a anticipar la obtención de la evidencia aprovechando la estrategia de actuar por vías más rápidas e ilícitas, y en segundo lugar, la exigencia de la existencia de una línea de investigación previa a la transgresión del derecho que hubiera llevado al mismo resultado, a fin de evitar que las transgresiones de derechos se convirtieran en el punto de arranque de la labor investigadora, invirtiendo el fundamento mismo de la cláusula de excepción.

En nuestro ordenamiento jurídico esta excepción se aplicó por primera vez<sup>626</sup> en la relevante STC 81/1998 al considerar que el dato obtenido con la intervención telefónica ilícita era un dato “neutro”, pues no fue ni indispensable ni determinante para la incautación de la droga<sup>627</sup>.

En el seno de la doctrina jurisprudencial del T.S., las sentencias no se hicieron esperar, si bien el reconocimiento de dicha excepción iba

---

<sup>625</sup> VELASCO NUÑEZ, Eloy en “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: Correcciones actuales y tendencias de futuro”, dentro de la obra Medidas restrictivas de derechos fundamentales, ob.cit., págs. 444 y 445.

<sup>626</sup> Encontramos otros ejemplos de la aplicación de dicha doctrina en pronunciamientos posteriores como es el caso de las SSTC 238/1999 y 171/1999, en las que se destaca la irrelevancia de los datos obtenidos a través de las intervenciones telefónicas en orden a la obtención del resultado final.

<sup>627</sup> Efectivamente el F.J. 5º sostiene que “el conocimiento derivado de la injerencia en el derecho fundamental contraria a la Constitución no fue indispensable ni determinante por sí solo de la ocupación de la droga o, lo que es lo mismo, que esa ocupación se hubiera obtenido, también, razonablemente, sin la vulneración del derecho”. Ciertamente dicha sentencia supone un claro exponente de la aplicación de la teoría de la fuente independiente toda vez que se reconstruyó el origen de la prueba derivada (hallazgo de la droga por razón de una diligencia de entrada y registro), mediante el análisis de las diligencias de investigación adicionales (observación y seguimientos) y la escasa relevancia del contenido de las conversaciones telefónicas afectas de nulidad probatoria.



siempre unido a las actuaciones policiales de buena fe. Es de destacar la S.T.S., de 04.07.1997 (RJ 1997/6008) la cual admitió la doctrina del descubrimiento inevitable al declarar en su F.J. 4º:

“Sin embargo en el caso actual el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del *descubrimiento inevitable*”.

La sentencia impugnada condenó a la recurrente por un delito de tráfico de drogas, la cual alegaba la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones y a la presunción de inocencia ya que conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 de la L.O.P.J. ninguna de las pruebas de cargo tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador podían surtir efecto al derivarse todas ellas de una intervención telefónica que el propio Tribunal consideró nula por falta de motivación de la resolución que la autorizó.

Sin embargo, el T.S. admitió la prueba al considerar que con carácter previo a la controvertida intervención telefónica, la acusada ya era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento como consecuencias de las informaciones referentes a su dedicación habitual al tráfico y venta de heroína a terceros y que por tanto, dicho proceso de vigilancia habría conducido igualmente al descubrimiento de la reunión entre la acusada y los proveedores de la droga<sup>628</sup>.

Otro pronunciamiento a destacar del T.S. es su sentencia de fecha 21.05.2002 (RJ 2002/7411), la cual admitió la licitud de la obtención de una prueba de molde de arcada dentaria en persona

---

<sup>628</sup> Dicha idea la expone en su F.J. 2º: “Es decir, que inevitablemente, y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo.

sospechosa de delito de homicidio a quien la unidad de Policía Judicial no dio el tratamiento de sospechoso, obteniendo la prueba sin garantías procesales y que suponía una clara inmisión en su derecho a la integridad corporal<sup>629</sup>.

Dicha sentencia destaca por establecer dos reglas básicas: la primera de ellas es que cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior y en segundo lugar, declaró que todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no hubiera tenido lugar es el resultado de esa condición.

Otro ejemplo lo constituye la S.T.S., 2ª de 24.01.2004 (RJ 2005/841) en la cual a pesar de que se partía de una lícita autorización judicial de intervención telefónica, justo antes de expirar el plazo, se solicita una prórroga en la que no se adicionan ni las cintas originales ni las transcripciones de la información acumulada hasta el momento. El Alto Tribunal estima que la información aportada por la Policía es imprecisa y por ello considera que tanto la autorización acordando la prórroga como las actuaciones derivadas de la misma debían reputarse nulas y sin ningún efecto valorativo por mandato del art. 11.1 de la L.O.P.J.

Sin embargo, el T.S. sostiene que toda la información obtenida antes de la prórroga de la medida ya justificaba de por sí el registro

---

<sup>629</sup> La referida prueba es declarada ilícita pero no nula pues el Tribunal estima que cualquier Juzgado de Instrucción de haber tenido conocimiento de las circunstancias habría acordado la práctica de dicha prueba pericial, que se habrían respetado las garantías de defensa y contradicción y que en definitiva se habría incorporado al proceso de forma lícita.

domiciliario que sirvió para el descubrimiento de la droga, por lo que irregularidad constitucional de falta de motivación de la decisión de prórroga carecía de efectos (en orden la condena de delito contra la salud pública)<sup>630</sup>.

Sin embargo, dicha excepción no ha estado exenta de crítica y ello es comprensible ya que desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia entiendo que se hace muy difícil aceptar dicha excepción puesto que al final parece que toda se reduzca a meras hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado (teórico descubrimiento de la evidencia por una vía alternativa) pero que no pasó en realidad.

DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>631</sup>, los cuales son de la opinión que dicha excepción no es más que una construcción artificiosa que no puede aplicarse del mismo modo que se acepta en Estados Unidos y que lo que sucederá es que el parámetro de la inevitabilidad

---

<sup>630</sup> Tal razonamiento lo expone en su F.J. 4º: “(...) las conversaciones telefónicas legal y lícitamente practicadas bajo la cobertura del primer Auto, contienen indicios sólidos y sospechas fundadas más que sobrados para apreciar la existencia de un presunto delito contra la salud pública que justificara la entrada y registro para encontrar pruebas materiales del mismo, como así sucedió. Y puesto que tales vigorosos indicios habían sido intachablemente obtenidos con anterioridad al Auto de prórroga constitucionalmente irregular y de los frutos conseguidos con su ejecución - que, por otra parte, resultan notoriamente menos significativos, aunque sirvan para confirmar los primeros- es palmaria la desconexión entre unos y otros, por lo que no cabe hablar de contaminación a los efectos del citado art. 11.1 LOPJ”.

En la S.T.S., de 07.02.2005 (RJ 2005/2538) se enfatiza la idea de que la diligencia de entrada y registro estuvo motivada por una línea de investigación independiente (seguimiento y observación de personas y paquetes sospechosos) y que la intervención telefónica se acordó más bien como medio “(...) para profundizar y completar la investigación respecto al ahora recurrente por las series evidencias que tenía la Policía sobre su participación en operaciones de tráfico con sustancias estupefacientes”.

<sup>631</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 87 y 88. Dichos autores consideran que la cuestión no se reduce a si se previenen o no conductas policiales (como ocurre en Estados Unidos) sino que está en juego algo mucho más importante: el propio modelo constitucional del proceso.

irá sufriendo una continua degradación, de tal modo que “Al final ocurre lo de siempre: todo o casi todo estaba a punto de ser descubierto por la policía; es más, lo habría sido sin vulnerar derecho fundamental alguno”.

Especialmente crítico se posicionó MIRANDA ESTRAMPES<sup>632</sup>, para quien se trata de supuestos en los que si bien es cierto que puede intuirse la existencia de una desconexión causal entre la prueba ilícita originaria y la prueba derivada, ésta no resulta plenamente justificada, de modo que se acude a una suerte de invención o artificio de la ausencia de conexión de antijuricidad en base a su teórico carácter irrelevante a fin de admitir la prueba refleja en el proceso.

### **2.3) La excepción de la buena fe**

La última de las excepciones<sup>633</sup> en orden a la exclusión de pruebas ilícitas tiene su claro referente en las numerosas sentencias

---

<sup>632</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., págs. 117, 128 y 129. Dicho autor se muestra categórico al afirmar que esta excepción resulta inaceptable en nuestro procesal penal, porque se basa en simples hipótesis, difícilmente compatibles con el reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental. En parecidos términos, VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, *Revista General del Derecho*, núm. 624, Valencia, 1996, págs. 10164-10165, el cual pone de manifiesto sus dudas de constitucionalidad en la recepción de dicha excepción en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>633</sup> En la jurisprudencia norteamericana se ha admitido otra excepción llamada *purged taint* o teoría del nexo causal atenuado, que se encuentra a medio camino entre el reconocimiento de las pruebas ilícitamente obtenidas y la teoría de la fuente independiente (United States vs, Ceccolini de 1978 y Dunaway vs. New York de 1979). Para un análisis profundo de dicha excepción, consúltese MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., págs. 93 a 95, para quien se exige que el hecho por el que se reputa la culpabilidad nazca de manera autónoma y espontánea, existiendo bien un lapso de tiempo entre el vicio de origen y la prueba derivada, bien la intervención de un tercero o bien la confesión espontánea. En definitiva, se trataría de datos inculpatorios en cierta medida conectados pero que surgen de manera natural y automática.

A título ilustrativo, procede hacer referencia a la S.T.S., 2ª, de 25.01.1997 (RJ 1997/109), la cual estimó que el hecho básico sobre el que se basaba la condena

dictadas en la jurisprudencia norteamericana<sup>634</sup> en las que se excluyen las pruebas ilícitas porque es un medio de asegurar que la conducta policial respete los derechos de los ciudadanos. Dicho en otras palabras, se pretende prevenir desviaciones policiales, *deterrent effect* (*efecto disuasorio*)<sup>635</sup>.

Según esta excepción, cuando la policía hubiere actuado de buena fe en el desarrollo de sus investigaciones y con total respeto a los derechos fundamentales, la exclusión de la prueba así obtenida carece de justificación, pues con ello no se consigue el efecto de prevenir conductas policiales futuras de carácter ilícito.

Más complicada ha resultado sin duda alguna la traslación de dicha excepción a nuestro ordenamiento jurídico atendida la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales. Algunos autores como MIRANDA ESTRAMPES<sup>636</sup> o DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>637</sup> se posicionaron en contra a la admisión de la aplicación de dicha excepción.

---

(paquete de droga que encontró el taxista que había llevado a la acusada a la Comisaría) era absolutamente independiente y estaba totalmente desconectado de las averiguaciones realizadas a partir de las escuchas telefónicas declaradas nulas.

<sup>634</sup> A modo de ejemplo, cabe citar la sentencia U.S. vs Janis (1976), cuya doctrina ha sido reiterada, en la cual se declaró de forma categórica: “El principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas”. Otra sentencia fue la dictada en 1984 en el caso United States vs. León.

<sup>635</sup> Muy interesante es el estudio que DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 77 a 80, realizan entorno a la excepción de la buena fe en la jurisprudencia norteamericana.

<sup>636</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., pág. 105 se posicionó claramente al sostener que: “Desde la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico no resulta admisible la aplicación de excepción de la buena fe”.

<sup>637</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit. pág. 82 quienes tras un análisis de la jurisprudencia norteamericana concluyeron que “con este planteamiento es lógico concluir que en nuestro país no cabe aceptar el juego del

Muy claro es el razonamiento de los referidos autores<sup>638</sup> al sostener que conviene tener presente que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho constitucional del acusado que permita excluir la prueba ilícita sino una mera formulación procesal de un mecanismo de protección de los derechos constitucionales sustantivos en la medida en que se previene conductas policiales contrarias a estos derechos. Es por ello, por lo que debe realizar un *balancing test*, esto es, una ponderación del coste que supone la exclusión de la prueba (ilícita del proceso).

Ciertamente interesante es la opinión de RODRÍGUEZ LAINZ<sup>639</sup> sobre la posibilidad de considerar la excepción de la buena fe de la autoridad judicial como una excepción propiamente dicha, al sostener que en puridad no debe calificarse como excepción sino más bien como un criterio íntimamente integrado junto con los postulados del hallazgo inevitable en la doctrina sobre la conexión de antijuricidad.

A nivel jurisprudencial, un claro ejemplo de rechazo a dicha excepción lo encontramos en la S.T.S. de 10.02.1995 (RJ 1995/814), en la que el Alto Tribunal estimó que la incautación de la droga debía producir efectos nulos pues se prescindió total y absolutamente de las normas esenciales del proceso<sup>640</sup>. En el supuesto una persona de buena

---

*deterrent effect* como un mecanismo que consienta crear excepciones a la garantía constitucional”.

<sup>638</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit. págs. 77 y 78.

<sup>639</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, o.cit., pág. 46.

<sup>640</sup> Efectivamente así lo expone claramente en su F.J. 3º: “Aquí la intervención de la droga contenida en el sobre ha de producir nulos efectos pues se prescindió total y absolutamente de normas esenciales del proceso, con lo cual resultó patente aquella vulneración. Ahora el contenido de la carta formó parte del acerbo probatorio de manera irregular. Por las razones que fueren. La carga fue recogida y abierta por quien se creyó su destinatario, error que si puede ser disculpable desde el punto de

fe había hallado la droga, contenida en una carta, al abrirla, en la creencia errónea que iba dirigida a ella.

Sin embargo, a pesar de la lógica reticencia a la recepción de dicha excepción, la aparición de la teoría de la conexión de antijuricidad, abrió la puerta para su admisión. Efectivamente la ya comentada STC 81/1998, permitió la aplicación de dicha excepción en los supuestos de prueba refleja pero no directa.

Así por ejemplo, nuestra jurisprudencia rechazó la admisión de las pruebas en supuestos idénticos en los que la jurisprudencia norteamericana admitía la excepción de la buena fe, tales como el hecho de que la policía actúe al amparo de una norma, declarada posteriormente inconstitucional, no permite en España, que esa fuente de prueba pueda ser aceptada.

Como hemos avanzado, dicha excepción se fue abriendo camino y el T.C. la reconoció en su STC 22/2003, de 10 de febrero, con ocasión del análisis de un supuesto de entrada y registro policial en el domicilio del detenido practicado con el consentimiento de la esposa, quien a su vez era denunciante, y en el que se halló una arma de fuego. La gran novedad la encontramos con el posicionamiento del T.C. en orden a las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio toda vez que en lugar de aplicar la regla de exclusión conforme al art. 11.1 de la L.O.P.J., sorprendentemente admite el aprovechamiento probatorio del hallazgo de arma de fuego,

---

vista penal, no impide en cambio la infracción del derecho al acusado atinente. Lo decisivo es señalar que la recepción de la cocaína se hizo sin la garantía legal que la presencia del interesado o del propio Juez, cuando la apertura de la carta, comportan. No se trata de desconfianza en cuanto a la labor vigilante del Benemérito Instituto sino de velar por la escrupulosidad de toda aquella actividad, incluso judicial, que suponga una merma de los derechos constitucionales.

desestimando la existencia de vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías<sup>641</sup>.

Desafortunadamente, se ha cumplido la predicción apuntada por DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>642</sup> en el sentido de que con el tiempo podía ocurrir que nuestra jurisprudencia admitiese la excepción de la buena fe en el ámbito de la prueba directa.

Encontramos algunos casos preocupantes en los que ello ha ocurrido<sup>643</sup>, si bien podríamos decir que son consecuencia de ciertas fisuras legales como comprobaremos, centrándonos principalmente en dos de ellos:

a) El Auto del T.C. 282/1993, de 20 de septiembre, en la que admitió la prueba originaria como lícita a pesar de que el recurrente - condenado por los delitos de estafa y de falsificación de documento

---

<sup>641</sup> Especial consideración merece la crítica que el Magistrado Exmo. Sr. Guillermo Jiménez Sánchez formula en su voto particular, quien advierte que hasta entonces nunca se había cuestionado la legitimidad constitucional de las pruebas ilícitas, ni establecido ninguna excepción al respecto.

<sup>642</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit. pág. 82. Ello se ha admitió en la jurisprudencia norteamericana, siendo de destacar las sentencias dictadas en 1984 en el caso US vs León y en el caso Massachusetts vs. Shepard.

<sup>643</sup> El T.S. llegó también a asumir en parte la doctrina excepción de buena fe en la S.T.S. 373/1999, de marzo (RJ 1999/), en un caso de actuación de particulares. En tal supuesto un empleado de una inmobiliaria entra en una vivienda en alquiler que se creía desocupada, por llevar algún tiempo el arrendatario sin pagar la renta y encontrarse el inquilino en paradero desconocido. Una vez que entra en la vivienda por razón de los servicios que tenía encomendados descubre evidencias de que la vivienda no se encontraba desocupada, llegando a encontrar en un cajón del dormitorio una pistola, hallazgo que da pie a su condena por delito de tenencia ilícita de armas. Tras dicho hallazgo, se dictó una autorización judicial de entrada y registro que se practicó sin la presencia del imputado, el cual seguía en paradero desconocido.

El Alto Tribunal para defender que la actuación del agente de la propiedad inmobiliaria (acceso al domicilio) era lícita hace uso de un argumento francamente poco convincente como es que al estar en prisión el imputado, el apartamento en alquiler ya no era su domicilio y que por tanto, el hallazgo debía considerarse lícito, esencialmente por razón de la buena fe y creencia razonable de que el apartamento estaba desocupado.



público- alegaba que la confesión era ilícita porque tuvo lugar sin información de derechos y sin asistencia de Letrado. El T.C. admite dicha prueba (confesión) bajo la argumentación de ausencia de presión policial y voluntariedad de la confesión<sup>644</sup>.

Según mi parecer, la inadmisión del recurso radica en gran medida en que la argumentación del recurrente no cita en su apoyo ningún precepto ni legal ni constitucional, sino que se limita a afirmar que la confesión –y con ella la testifical relativa a la misma<sup>645</sup>- es ilícita desde el punto de vista constitucional porque se produjo sin información de derechos y sin asistencia de Letrado.

Probablemente el motivo por el que no se invocó la infracción de ninguna disposición legal ni constitucional (más allá de la genérica del derecho a la presunción de inocencia) es porque al momento de producirse la confesión no existía todavía ningún procedimiento judicial

---

<sup>644</sup> Así lo recoge en su F.J. 4º en el que cita en su apoyo sentencias dictadas en parecidos términos por las Audiencias Provinciales: “Por consiguiente, si se aceptara, en el caso presente, que la confesión llevada a cabo por el recurrente se obtuvo violentando sus derechos constitucionales, la prueba testifical practicada en relación con dicha confesión pudiera efectivamente carecer de eficacia probatoria. Sin embargo, ningún elemento viene a acreditar la tesis del recurrente según la cual la confesión fue obtenida con la vulneración de sus garantías constitucionales o legales. Consta la inexistencia de coacciones o amenazas destinada a provocar la confesión. Es más, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 12 enero 1991, el recurrente se prestó incluso voluntariamente para ir a buscar al otro coautor del delito y a conducirlo hasta el hotel donde se encontraban los policías. Tampoco consta -el recurrente ni siquiera lo afirma- que los policías hicieran uso de argucias o malas artes para provocar la confesión, ni que ocultaran su condición de funcionarios de policía encargados de la investigación de las irregularidades detectadas en torno a la aparición de un boleto premiado de la Lotería Primitiva no repertoriado en la central del Organismo de Apuestas del Estado”.

<sup>645</sup> El caso reviste ciertamente de peculiaridad toda vez que la convicción condenatoria se funda en las declaraciones prestadas en el juicio de los funcionarios de policía de la brigada de juego que investigaron los hechos relatando la confesión de los hechos delictivos por parte del recurrente y de otro condenado en una conversación anterior al atestado con los citados policías, conversación que tuvo lugar sin asistencia letrada y sin información previa de derechos.

en curso sino una simple investigación policial sobre hechos que a posteriori podían revelarse como delictivos (como resultó).

Lo cierto es que todos los preceptos tanto legales como constitucionales <sup>646</sup> que exigen el derecho a ser informado de la imputación y de los derechos que asisten a toda persona, hacen siempre referencia a que se trate de una persona que tenga la condición de imputado, o bien que se halle detenida o presa, lo cual evidencia un claro vacío legal, y en el caso examinado el recurrente no se encontraba en ninguna de estas situaciones cuando confesó ante la Policía. En consecuencia, los agentes policiales “formalmente” con la ley en la mano, no tenían la obligación de informar al confesante de los derechos que le asistían y que lógicamente le habrían resultado muy beneficiosos como la posibilidad de llamar a su Abogado.

Es por ello, por lo que el T.S., en su sentencia de fecha 22.02.1993 (recurrida en amparo) estima que la manera en que se obtuvo la confesión ni la posterior declaración de los policías en el juicio, permitían calificar dichas pruebas como plenamente admisibles desde un punto de vista constitucional.

b) La S.T.C. 238/1999, de 20 de diciembre, en la que a pesar de haberse obtenido directamente las pruebas condenatorias con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones fueron admitidas por considerarse que eran jurídicamente independientes con

---

<sup>646</sup> Así a modo de ejemplo, el art. 24.2 C.E. reconoce el derecho a toda persona a ser informada de la acusación formulada contra ella y el art. 118 de la L.E.Crim. reconoce a toda persona a quien se le impute un delito la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y a ser informado de la existencia de la imputación y de las actuaciones procesales seguidas en relación a la misma. Por otro lado, tanto el art. 17.3 de la C.E. como el art. 520.2 de la L.E.Crim., imponen la obligación de informar de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten a toda persona que se encuentre detenida o presa, y como hemos dicho el recurrente no se encontraba en ninguna de estas situaciones.

el conocimiento reputado como ilícito -la llegada del alijo de drogas y de las personas que iban a participar en el tráfico ilegal-, o lo que es lo mismo, se apreció la concurrencia de la excepción “del descubrimiento inevitable”.

Como reconoce la propia sentencia de la lectura del atestado y de la transcripción de las conversaciones telefónicas (declaradas ilícitas) se pone de manifiesto que la detención de las personas y la incautación de la droga tuvo lugar por parte de la Policía de una manera sistemática y planificada.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que las sospechas policiales y la medida de intervención telefónica iban dirigidas a una tercera persona (que posteriormente fue absuelta) pero no contra el recurrente en amparo. El Alto Tribunal considera que atendido que la Audiencia Provincial declaró nulas y dejó sin efecto las intervenciones telefónicas practicadas, puede concluirse “que la ilicitud inicial de las escuchas referidas, en cuanto lesivas del expresado derecho fundamental, no se propagó a las demás pruebas que fundamentaron la condena”<sup>647</sup>.

Por tanto, la no identidad entre el titular del derecho fundamental no afectado y el sujeto que reclama en amparo, implica la desconexión entre la violación del derecho fundamental y la condena. En definitiva, la prueba ilícitamente obtenida, en cuanto fundamentó la condena de una tercera persona (recurrente en amparo) y no del titular del derecho material, sirve como prueba directa de cargo<sup>648</sup>.

---

<sup>647</sup> F.J. 4º.

<sup>648</sup> Dicho razonamiento lo encontramos en el F.J. 4º en el que tras insistir que se han practicado todo un seguido de pruebas obtenidas lícitamente -testifical de los agentes policiales, aprehensión de la droga en el taxi en el que viajaba el recurrente y testifical del taxista entre otras- concluye: “Si bien toda esta prueba, atendiendo al

Con posterioridad, la tendencia jurisprudencial que se ha impuesto ha sido de rechazo de pruebas ilícitas originarias y los primeros pronunciamientos dictados tras la sentencia antes comentada no se hicieron esperar. Este es el caso de la S.T.S., 2ª, de 05.11.2001 (RJ 2002/43), en la que se anuló la prueba que condenaba (que también era una testifical policial) mediante la prueba directa obtenida a través del consentimiento dado para la entrada y registro, pues tal declaración no fue asistida de abogado<sup>649</sup>.

Especialmente crítica con la aceptación por el T.C. de la excepción de buena fe, se muestra MARTÍNEZ GARCÍA<sup>650</sup>, al oponerse al hecho de que el error o la buena fe policial pueda llevarnos a admitir obtenciones ilícitas de pruebas que vulneren claramente derechos fundamentales puesto que ello supondría un choque frontal con nuestro modelo de proceso. Comparto plenamente dicha posición, máxime si se piensa en lo difícil que puede resultar al acusado probar la (supuesta) buena fe policial.

---

desarrollo histórico de los hechos, se sitúa en el contexto de las escuchas telefónicas ilícitas, lo verdaderamente relevante es que se muestra desconectada de éstas en la medida en que no era el recurrente la persona sujeta a investigación a través de tales escuchas telefónicas ni se supo su relación con los hechos hasta el momento en que fue detenido en el control policial”.

<sup>649</sup> El Ministerio Fiscal también abogaba por la nulidad de dicha prueba tras comprobarse que efectivamente el registro domiciliario se hizo con el consentimiento del recurrente, pero con la particularidad que éste se había obtenido cuando estaba detenido por la Policía sin asistencia letrada ni información de derechos, por todo lo cual se concluye con fundamento en la doctrina jurisprudencial del T.C. que declara la necesidad de asistencia letrada para que un detenido pueda manifestar su consentimiento para que se proceda a la entrada y registro en su domicilio, lo siguiente: “que el registro se practicó sobre un consentimiento sin virtualidad legitimadora dada su situación de detenido que carecía todavía de asistencia letrada y no había sido informado de sus derechos” (F.J. 1º).

<sup>650</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ob.cit., pág. 191.

También contraria a la admisión de dicha excepción, hallamos a AGUILERA MORALES<sup>651</sup>, quien entiende que el hecho de que la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida no comporte efectos disuasorios de conductas ilícitas por parte de la policía o de otros agentes no es motivo suficiente para sustraer al imputado la protección que merece por el hecho de haber visto lesionado su derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria.

Como bien señala MIRANDA ESTRAMPES<sup>652</sup> en el ámbito de la prueba ilícita lo verdaderamente importante no son las creencias de los agentes policiales de haber actuado con buena fe sino la constatación objetiva de la violación de un derecho fundamental.

No obstante, hay un sector de la doctrina que sí que es partidario del reconocimiento de la excepción de la buena fe por parte del T.C., siendo un ejemplo de ello GALVEZ MUÑOZ<sup>653</sup>, quien en relación a la comentada STC 22/2003, se muestra conforme con el criterio de reconocer el resultado de la prueba ilícitamente obtenida, si bien reconoce que el Alto Tribunal debería haber aprovechado la ocasión para elaborar una doctrina general sobre la admisión de la excepción de

---

<sup>651</sup> AGUILERA MORALES, Marien: “Para que la entrada y el registro domiciliarios se consideren constitucionalmente legítimos, ¿es necesario el consentimiento del sujeto investigado o basta con el del cotitular del domicilio? Eficacia probatoria de la prueba obtenida con vulneración directa de un derecho fundamental”, *Tribunales de Justicia*, nº 12, diciembre 2003, págs. 129 a 132. Dicha autora, critica abiertamente el criterio adoptado por el T.C. y reconoce que le causa perplejidad “porque el criterio de la ‘interpretación errónea’ parece avalar la idea de que el rasero para determinar si se ha vulnerado o no el derecho a un proceso justo con todas las garantías es la creencia por parte de quien obtuvo la fuente de prueba o de quien la valoró de estar obrando de acuerdo con el ordenamiento jurídico”.

<sup>652</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el Derecho Penal”, ob.cit., pág. 106.

<sup>653</sup> GALVEZ MUÑOZ, Luis: “Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 11/2003 (Estudio)*, ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003, pág. 41.

referencia. En la misma línea, encontramos a ECHARRI CASI<sup>654</sup>, el cual sostiene que cuando la violación del derecho fundamental se produce en una actuación de buena fe, no ha de operar la doctrina de la prueba ilícita.

---

<sup>654</sup> ECHARRI CASI, Fermín Javier: “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, *Revista Poder Judicial*, n° 69, 2003, pág. 268.

### **3) Tratamiento procesal de las pruebas ilícitas: análisis de los arts. 11.1 y art. 238 de la L.O.P.J.**

Tras haber analizado la complejidad que conlleva definir los parámetros para calificar una determinada prueba como ilícita, surge la cuestión de cómo proceder o qué hacer con el material probatorio ilícito, esto es, como excluir dichos elementos probatorios del proceso.

Lo cierto es que como bien señala PASTOR BORGONÓN<sup>655</sup> esta cuestión es tan compleja que aún no ha sido resuelta de forma definitiva ni en nuestro ordenamiento jurídico ni en el Derecho Comparado.

Dónde sí encontramos una doctrina jurisprudencial pacífica sobre qué hacer con el material probatorio ilícito (*illegally obtained evidence*) es en Estados Unidos, cuyo modelo ha tenido claras repercusiones en nuestro régimen jurídico, por lo que será objeto de comentario en el próximo apartado, y así nos permitirá posteriormente analizar la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **3.1) La doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado**

Efectivamente en Estados Unidos se distinguen varias etapas<sup>656</sup>, la primera de ellas marcada por la creación jurisprudencial de la regla

---

<sup>655</sup> PASTOR BORGONÓN, Blanca: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitas”, ob.cit. pág. 256.

<sup>656</sup> Para un análisis profundo y detallado de las diversas etapas, DÍAZ CABIALE, José Antonio: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992 y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, ob.cit., págs. 63 a 75, la cual comenta los principales pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo en cada una de las etapas.

de la exclusión (*exclusionary rule*)<sup>657</sup> hace más de un siglo por virtud de la cual se prohibía la utilización de cualquier prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita<sup>658</sup>.

Posteriormente dicha exclusión que llegó a ser muy estricta, fue matizada introduciendo algunas excepciones que reducían su alcance. Así se llega a la etapa del llamado *balancing test*, en la que se considera que hay que estar a las circunstancias de cada caso concreto y ponderar los intereses del ciudadano en el respeto de sus derechos fundamentales y los “beneficios sociales” que se pudieran obtener de su valoración como prueba, a fin de intentar evitar con ello la impunidad de graves delitos.

A partir de este momento, cambia por completo el fundamento de la exclusión de la prueba ilícita, ya que ahora no se concibe como un derecho del ciudadano sino más bien como un límite a los poderes públicos. Es precisamente el momento en que también surge la excepción de la buena fe (*good faith exception*) de los agentes policiales

---

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: La prueba en el proceso penal II (coordinado por Joaquín Delgado García). “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilícitamente obtenida”, Cuadernos de Derecho Judicial IX, 1996, quien realiza un detallado análisis de la jurisprudencia norteamericana, el interesante trabajo de FIDALGO GALLARDO, Carlos: *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 LOPJ*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, págs. 434 y ss y de VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España), *Revista General del Derecho*, núm. 624, Valencia, 1996, págs. 10149 y ss.

<sup>657</sup> Sobre la importancia e influencia de la *exclusionary rule*, véase FIDALGO GALLARDO, Carlos: *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 LOPJ*, ob.cit. págs. 13 a 16, ya que suspuso la introducción de la distinción entre la verdad material y la jurídica.

<sup>658</sup> Procede señalar que mientras que la práctica procesal norteamericana utiliza la *exclusionary rule* de manera que el medio de prueba obtenido ilícitamente se rechaza en el momento de su aportación por alguna de las partes, en nuestro ordenamiento jurídico lo cierto es que existe una tendencia generalizada a diferir el análisis sobre la licitud o ilicitud de la prueba al momento de dictar sentencia. Así lo señala GIMÉNEZ PERICAS, Antonio: “Sobre la prueba ilícitamente obtenida” en AA.VV. *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992, págs. 287-288.



como límite también a la regla de la exclusión, siempre que se actuara bajo la creencia razonable de la licitud de la orden.

Dicha excepción de la buena fe alcanza su punto álgido en la etapa del mandato presidencial de Ronald Reagan en la que pocas conductas policiales constituían prueba ilícita.

Como bien sintetiza MARTÍNEZ GARCÍA<sup>659</sup> “en este momento se concluye en la idea de que la regla no prohíbe con carácter general la introducción de las pruebas ilícitamente obtenidas en todo proceso o contra toda persona, sino que únicamente entra en funcionamiento en aquellos contextos donde se estime que su aplicación va a servir de modo más efectivo para lograr ese efecto disuasorio<sup>660</sup>”.

Dicha excepción fue recogida por el Congreso de Estados Unidos en 1995 en la “Exclusionary Rule Reform Act of 1995” donde se reguló la misma como garantía objetiva pero no como derecho fundamental. Dicha ley como era de esperar, generó muchas críticas por los reiterados abusos que se producían por parte de los poderes públicos (registros domiciliarios practicados sin la preceptiva orden judicial, innumerables injerencias en la intimidad de los ciudadanos) y conllevó en gran medida que paralelamente se fuera configurando la importantísima doctrina jurisprudencial sobre los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine o the tainted fruit*).

Conforme a dicha doctrina la prohibición de valoración alcanza no tan sólo a la prueba obtenida ilícitamente sino también a todas aquellas

---

<sup>659</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, ob.cit., pág. 68. Dicha autora se refiere a esta etapa como de *desmantelamiento de la regla de la exclusión*.

<sup>660</sup> Es el llamado *deterrent effect*.

pruebas que aún obtenidas o practicadas de forma lícita tengan su origen en la primera, razón por la que dicha teoría también es conocida como la de reconocimiento de efectos reflejos o indirectos de las pruebas ilícitas.

Se han establecido dos significativas excepciones a la regla general: por un lado, la denominada nexo causal atenuado<sup>661</sup> y por otro, la doctrina del descubrimiento inevitable<sup>662</sup>, a las que hemos hecho ya referencia.

Una última etapa viene marcada por los acontecimientos del 11-S-2001 en la que el Congreso de Estados Unidos aprobó la *Patriot Act*, la cual bajo la finalidad declarada de luchar con el terrorismo en Estados Unidos y en el extranjero, autoriza entre otras medidas, la intervención de las comunicaciones telefónicas y por correo electrónico de los ciudadanos sin autorización judicial previa, lo cual constituye en mi opinión una clara injerencia en sus derechos fundamentales.

Como resulta lógico dicha ley ha sido objeto de muchas críticas por entender que supone un retroceso a los hitos conseguidos hasta la fecha en el Estado social y democrático de Derecho y muchos son los autores que apuntan una tendencia involucionista, como es el caso de PÉREZ CEBADERA<sup>663</sup>.

---

<sup>661</sup> Se creó en 1978 con el caso *United States vs. Ceccolini* a partir de un registro ilegal.

<sup>662</sup> Dicha excepción trae causa del caso *Nix vs. Williams* (1984) en el que se admitieron pruebas derivadas de una ilícita por la presunción de que se podría haber llegado inevitablemente hasta el cadáver en cuestión de haber existido una investigación ya en marcha tendente a descubrirlo.

<sup>663</sup> PÉREZ CEBADERA, María Ángeles: "La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre", *Tribunales de Justicia, Revista española de derecho procesal*, noviembre 2002, págs. 1 a 12. Dicha autora insiste en las consecuencias negativas que los fatídicos atentados del 11-S han supuesto para las garantías de los imputados. Otra autora a destacar es BARONA VILAR, Silvia: *Seguridad, celeridad y*

Comparto plenamente la opinión de MARTÍNEZ GARCÍA <sup>664</sup> respecto de las repercusiones que dichos acontecimientos han supuesto en el ámbito del proceso penal y que van en dos direcciones: por un lado, los derechos fundamentales se verán claramente afectados ya que es probable que cada vez se exijan menos requisitos procesales para acordar su restricción; y por otro lado, cada vez van ser a más los casos en que podrá romperse el nexo causal existente entre las pruebas ilícitas directas y derivadas para poder justificar posibles condenas terroristas. Un claro ejemplo de ello lo constituye la prisión de Guantánamo.

Examinada ya en términos generales cuál es el estado de la cuestión en Estados Unidos, pasemos ahora a analizar qué ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, centrándonos en definir el ámbito de aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. y su distinción con el art. 238 del mismo Texto Legal.

### **3.2) Análisis del art. 11.1 de la L.O.P.J.**

Como ya hemos dicho tras dictarse la famosa STC 114/1984 se da un enfoque radical a la cuestión de la admisión probatoria hasta entonces limitada a su utilidad y pertinencia y que originó con posterioridad la redacción del art. 11.1 de la L.O.P.J, el cual dispone:

---

*justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 la cual analiza las consecuencias del 11-S en Europa y en nuestro Derecho Penal.

<sup>664</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal*, ob.cit., págs. 72 y 73.

“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”<sup>665</sup>.

Como hemos tenido ocasión de comprobar si bien la relevante STC 114/1984 proclamó por primera vez la prohibición de utilizar pruebas cuando en el momento de su obtención se hubieran infringido derechos o libertades fundamentales, la misma no dejó claro el fundamento de dicha prohibición, si bien con posterioridad el T.C. ya ha aclarado la cuestión<sup>666</sup>.

Antes de examinar cuáles han sido los principios que ha consagrado el art. 11.1 de la L.O.P.J. creo que es necesario hacer un breve repaso al contenido del precepto y a la interpretación de su terminología porque nos ayudará a determinar cuál es la extensión de la prohibición de valoración en el proceso del resultado probatorio ilícitamente obtenido.

a) Si atendemos a la expresión “no surtirán efecto”, se plantea la discusión doctrinal de si hace referencia a una prohibición de admisión

---

<sup>665</sup> Dicha redacción se halla en la misma línea que la del art. 6.3 del C.C. que establece el régimen general sobre ineficacia de los actos nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Procede destacar que la redacción definitiva no se corresponde con la versión del proyecto de la L.O.P.J. que únicamente se limitaba a exigir el respeto a la buena fe procesal en todo tipo de procedimientos.

<sup>666</sup> Como bien sintetiza GONZÁLEZ GARCÍA, JESÚS MARÍA: “El proceso penal español y la prueba ilícita”, *Revista de Derecho*, volumen nº 18, núm. 2, 2005, págs. 187 a 211, hay que celebrar la promulgación de dicho precepto porque hasta la fecha el proceso penal español carecía de un régimen general sobre la nulidad de los actos procesales (tanto a nivel constitucional como infraconstitucional), a excepción hecha de los arts. 742 y ss. de la L.E.C. de 1881 que eran de aplicación supletoria. Insiste en que al margen de los juicios favorables o desfavorables que pueda merecer la redacción definitiva, dicho precepto implica la adopción de un criterio legal para decidir qué hacer con los medios de prueba ilícitamente obtenidos.

de la prueba o bien si se trata de una concepción más amplia que abarca no sólo la admisión sino también la fase de valoración de la prueba.

Así MIRANDA ESTRAMPES<sup>667</sup>, puntualiza que dicha expresión no significa que se haga referencia exclusivamente al momento de valoración o apreciación de la prueba, sino que comprende también el momento procesal de su admisión. En parecidos términos LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>668</sup>, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 146, señala que la mejor forma de conseguir que esas pruebas no surtan efecto es impidiendo que entren en la causa y si ya han sido incorporadas, debe procederse a su exclusión.

Lo cierto es que nuestra doctrina es partidaria de excluir la prueba ilícita en la fase de admisión<sup>669</sup>. El problema a mi modo de ver es que el art. 11.1 de la L.O.P.J. guarda silencio sobre este importante aspecto. Sin embargo, la doctrina del T.C. declara que las pruebas ilícitas deben calificarse de “impertinentes” a los efectos de su admisión (F.J. 5º de la STC 114/1984).

Tampoco la L.E.Crim. da una respuesta adecuada a esta problemática, motivo por el que como indica la doctrina mayoritaria es necesaria una modificación de nuestra ley procesal penal que permita

---

<sup>667</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal”, ob.cit., pág. 95.

<sup>668</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 146.

<sup>669</sup> Entre muchos otros, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Prueba ilegítimamente obtenida”, ob.cit., págs. 1203 y 1205; LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ob.cit., págs. 452-453 y PAZ RUBIO, José María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, ob.cit., pág. 231.

recurrir una resolución por la que se admita una determinada prueba obtenida ilícitamente<sup>670</sup>.

Por el contrario en la doctrina jurisprudencial, la cuestión es pacífica al concluirse que en caso de patente claridad, debe rechazarse la admisión de la prueba, y sólo en caso de cierta duda, puede admitirse practicarse y valorarse en sentencia, donde podría un pronunciamiento excluyente de la prueba.

b) “Las pruebas obtenidas”: La doctrina mayoritaria se inclina por entender que la conducta prohibida por el precepto es la obtención de pruebas, directa o indirectamente, violentando derechos fundamentales, esto es, conciben un concepto amplio. Así ASECIO MELLADO<sup>671</sup> estima que debe entenderse como toda labor tendente a llevar un resultado probatorio al proceso.

c) Una de las cuestiones que más polémica<sup>672</sup> ha generado es qué debe entenderse por “directa o indirectamente”, dando lugar a múltiples interpretaciones.

Según LÓPEZ BARJA<sup>673</sup> considera que el precepto hace referencia tanto a la etapa preprocesal como a la procesal (obtención, admisión o

---

<sup>670</sup> Como bien indica MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., pág. 100: “La única forma de garantizar la ineffectividad de las pruebas ilícitas es impedir a toda costa que las mismas puedan incorporarse al proceso a los efectos de evitar todo influjo psicológico en el ánimo del juzgador en el momento de proceder a la valoración del material probatorio”.

<sup>671</sup> ASECIO MELLADO José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ob.cit., pág. 82.

<sup>672</sup> Ello es debido en parte a la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de tradición respecto dicha distinción al utilizarse la expresión “obtención” en un sentido más amplio, esto es, como toda labor tendente a llevar un resultado probatorio al proceso.

<sup>673</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., pág. 140, se muestra contundente al proponer que un

práctica de prueba)<sup>674</sup>, ya que como apunta ASECIO MELLADO<sup>675</sup> si no fuera así, el precepto quedaría reducido a la nada al interpretarse la sanción a la violación de los derechos fundamentales en un sentido únicamente formal, no real o material.

Partidario de una concepción amplia es también GONZÁLEZ GARCÍA<sup>676</sup> al entender que el precepto extiende la prohibición no sólo a los medios de prueba cuya fuente directa de prueba ha sido ilícita sino también para las pruebas practicadas en principio por medios de prueba lícitos pero a consecuencia de hechos acreditados a partir de pruebas con fuente vulneradora de derechos fundamentales (poniendo como ejemplo la confesión obtenida de quien apareció como autor del robo después del registro ilegal).

En definitiva, como señala dicho autor se trata de la introducción en nuestro ordenamiento de la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado por virtud de la cual la ilicitud afecta tanto a la prueba directa como a la indirecta o refleja<sup>677</sup>.

---

nuevo Juez que dicte una nueva sentencia sin tener a su disposición la prueba ilícita a fin de que pueda sin la influencia del elemento o indicio legal que puede, incluso inconscientemente, afectar a la valoración del resto de la prueba y, por supuesto, del fallo resultante.

<sup>674</sup> En el mismo sentido se posiciona GARCIA MARTÍN MONTERO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Volumen I, Aranzadi. Pamplona, 2001, pág. 1025, al afirmar: “A pesar de lo desafortunado de la expresión, entiendo, sin embargo, que merced a una interpretación extensiva podemos incluir la vulneración de derechos fundamentales en cualquier momento del iter que supone la creación, obtención, proposición o práctica de un medio probatorio”.

<sup>675</sup> ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, *ob.cit.*, págs. 82-83.

<sup>676</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María: “El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita”, *ob.cit.* (pág. 13).

<sup>677</sup> Sin embargo, como bien apunta MURZA ESPARZA, Julio José: “Sobre el efecto de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81))”, *ob.cit.*, dicha cuestión no es pacífica, sino que otros autores entienden que dicho precepto no supone la consagración legal de los efectos reflejos de las prohibiciones probatorias, como es el caso de PASTOR BORGONÓN: “La prueba ilegalmente obtenida” en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso*

LÓPEZ FRAGOSO<sup>678</sup> también se muestra partidario de los efectos reflejos de la prueba ilícita siempre que se acredite la relación causal entre la noticia ilegítimamente adquirida y la prueba obtenida a partir de ella.

En cambio hay otros quienes sostienen una visión más restrictiva, como MEDINA CEPERO<sup>679</sup> que entiende que únicamente se hace referencia a cómo se ha obtenido la prueba pero no al modo de practicarla, ya que si la prueba se practica irregularmente en el proceso podrá ser perfectamente valorada subsanando los errores que se hayan cometido. Apunta que en todo caso, habrá de valorarse la indefensión que la práctica defectuosa haya podido generar, esto es, que en tal caso será de aplicación el art. 238.3 de la L.O.P.J. que condiciona la nulidad de las actuaciones procesales a la producción de efectiva indefensión.

En cuanto al criterio jurisprudencial es de destacar la S.T.S. de 07.02.1992 (RJ 1992/1108), la cual afirma: “la obtención ilegítima o ilícita de una prueba puede operar conforme al art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial violando o vulnerando directa o indirectamente un derecho fundamental. Esta condición refleja o indirecta establecida en la norma indicada no puede por menos que entenderse referida a los supuestos en que la prueba obtenida

---

*penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993, pág. 207 y GONZÁLEZ MONTES, José Luis: “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1, págs. 39-40.

<sup>678</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., pág. 150.

<sup>679</sup> MEDINA CEPERO, Juan Ramón: “La prueba ilícita o prohibida” *Repertorio de Jurisprudencia núm. 37/2002*, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2002. Dicho autor se muestra categórico al afirmar que: “Nada tiene que ver esta prueba irregularmente practicada en el proceso con la denominada prueba ilícita o prohibida”, ya que entiende que esta última no está supeditada a la causación o no de indefensión.



ilícitamente lo que es en base a otra actividad que en manera directa ha vulnerado un derecho fundamental”.

En lo que respecta a la doctrina del T.C. respecto a la prueba ilícita, merece especial atención la STC 64/1986, de 21 de mayo, en la cual se abogó por una interpretación restrictiva<sup>680</sup> del ámbito de operatividad del art. 11.1 de la L.O.P.J. al quedar limitado a aquellas violaciones de derechos fundamentales producidas con ocasión de investigación de los hechos en sede sumarial, esto es, durante la labor de búsqueda y recogida de fuentes de prueba.

d) “Violentando” .-

El espíritu del comentado art. 11.1 de la L.O.P.J. es privar de eficacia probatoria a las pruebas que se hayan obtenido directa o indirectamente *violentando* los derechos o libertades fundamentales. Pero como señala un sector de la doctrina representado por RODRÍGUEZ LAINZ<sup>681</sup>, tal prohibición no es un *absoluto jurídico*, debiendo ser interpretada de forma restrictiva, por lo que entiende sólo debe aplicarse dicha sanción cuando de trate de transgresiones realmente graves de derechos y libertades fundamentales. A las transgresiones menos intensas o de índole inferior, les sería de aplicación el régimen de nulidad de actuaciones previsto en el art. 238 y ss. de la L.O.P.J.

---

<sup>680</sup> Efectivamente dicha sentencia estableció que la doctrina de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales era aplicable únicamente a la “vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener las pruebas” pero no a la “que se produzca en el momento de su admisión en el proceso, o de su práctica en él, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se puedan plantear se reconducen a la regla de interdicción de la indefensión”.

<sup>681</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: “La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida”, ob.cit., pág. 27. Dicho autor remarca que debe tratarse de transgresiones que tengan trascendencia en la afectación.

Como apunta DE URBANO<sup>682</sup>, la “prueba defectuosa” es cuestión casuística, sin embargo recoge tres supuestos en los que debe entenderse que la infracción ha sido grave y por tanto, justificaría la sanción del art. 11.1 de la L.O.P.J. Estos tres supuestos son los siguientes: i) la obtención de pruebas obtenidas prescindiendo total y absolutamente de las normas del procedimiento; ii) los casos en que se han producido defectos procesales que determinan una indefensión real y efectiva del acusado y iii) cuando la única prueba de cargo de que se disponga sea “ilícita” o defectuosa, ya que de existir varias, éstas tal vez pudieran subsanarse.

e) “Derechos o libertades fundamentales”.-

La polémica en la interpretación de dicha expresión no es poca. Hay un sector doctrinal que apoyándose en la doctrina emanada de la referida STC 64/1986 excluye del ámbito de aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. los derechos fundamentales de carácter procesal (como por ejemplo el derecho de defensa del art. 24 de la C.E.) y reconducen su régimen jurídico general de las nulidades procesales, con la consecuencia de falta de reconocimiento de efectos reflejos.

Este es el caso de ORTELLS RAMOS<sup>683</sup> y de DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>684</sup> que consideran que la protección de los derechos

---

<sup>682</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Angel: *La prueba ilícita en el proceso penal*, ob.cit., págs. 46 y 47.

<sup>683</sup> ORTELLS RAMOS, Manuel: *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, Proceso Penal, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, ed. J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1991, pág. 319, el cual opina que “en todo caso hay que advertir que no se trata, como es obvio, de afirmar la intrascendencia de la violación de derechos fundamentales procesales, sino de constatar que su incidencia en la ineficacia de la prueba no precisa de la interpretación constitucional que ha dado lugar el art. 11.1 de la L.O.P.J., sino que se apoya directamente en los derechos reconocidos en el art. 24 C.E.”.

fundamentales procesales se hace a través del mismo proceso, en las sucesivas instancias y recursos, de conformidad con el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 228 de la L.E.C. 1/2000 y en el art. 238.3 de la L.O.P.J.<sup>685</sup>.

Un planteamiento completamente opuesto es el defendido por MIRANDA ESTRAMPES <sup>686</sup> para quien, con base a la doctrina constitucional, el ámbito de aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. no debe limitarse en función del tipo de derecho fundamental lesionado en el sentido de excluir de dicho ámbito las vulneraciones de derechos constitucionales de carácter procesal.

Dicho autor concluye que el precepto objeto de análisis tendrá aplicación no sólo cuando la infracción de derechos fundamentales se produzca durante la actividad de búsqueda y recogida de fuentes de

---

<sup>684</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 136 y ss. Para sostener tal criterio se basan en la propia Exposición de Motivos de la L.E.C. Dichos autores en su obra ¿Es proyectable el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?, La Ley, nú. 4445, 24 diciembre 1997, págs. 1 y ss. han defendido la extensión del ámbito de aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. en el sentido de realizar una interpretación amplia de la expresión derecho fundamental de dicho precepto, entendiendo que no sólo abarca los arts. 15 a 29 de la C.E. (Sección 1ª del Capítulo II del Título I) sino también los reconocidos en los arts. 30 a 38 (Sección 2ª del mismo Capítulo).

<sup>685</sup> El art. 238.3 de la L.O.P.J. prevé la nulidad de lo actuado cuando se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecido por la ley, y más concretamente dispone lo siguiente:

“Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1. Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
2. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.
3. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.
4. Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.
5. Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial.
6. En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan”.

<sup>686</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., pág. 71.

prueba sino, también durante la incorporación al proceso de las fuentes de prueba y durante la práctica en él de los medios de prueba debidamente propuestos y admitidos, con independencia de la naturaleza -procesal o material- del derecho fundamental violado.

Por último, en una posición más extrema encontramos a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>687</sup>, quien a pesar del tenor literal del art. 11.1 de la L.O.P.J., entiende que la tesis que limita la efectividad de las pruebas ilícitas a aquellas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales es excesivamente restrictiva. Según el mismo, es indiferente que lo violentado sea un derecho fundamental o que no tenga este rango, por cuanto la Constitución (art. 24) sólo permite la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa y no cabe estimar “pertinente” un medio de prueba obtenido violentando alguno de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico reconoce.

Bajo mi punto de vista, lo más correcto es aplicar el principio general del Derecho de “donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir”<sup>688</sup> y atendido que el art. 11.1 de la L.O.P.J. no distingue en función de la naturaleza de los derechos fundamentales, lo idóneo sería predicar la ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales sea cual fuere la naturaleza de los mismos.

---

<sup>687</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., págs. 111, 134-135 y 141, el cual concluye que la Constitución otorga el rango de fundamental al derecho a un proceso con todas las garantías, y éste no lo sería si se permitiese a las partes acusadoras la introducción de pruebas que se obtuvieron ilícitamente.

<sup>688</sup> Entiendo que es lógico y plausible sostener que la infracción del derecho de defensa puede producirse tanto en el momento de la obtención de la fuente de prueba como en el momento de su práctica a través de alguno de los medios de prueba legalmente establecido.

Así comparto plenamente el parecer de DE URBANO<sup>689</sup> en el sentido que lo más prudente y respetuoso será estar a las circunstancias de cada caso en concreto para examinar si la prueba de cuya validez se duda ha sido obtenida o no ilícitamente.

Seguidamente realizaremos un breve comentario de la regulación de la nulidad de los actos procesales contenida en el art. 238 de la L.O.P.J. y en el art. 225 de la L.E.C. 1/2000 para posteriormente hacer una comparación entre aquélla y la contenida en el art. 11.1 de la L.O.P.J.

---

<sup>689</sup> DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Angel: *La prueba ilícita en el proceso penal*, ob.cit., pág. 47.

### **3.3) Análisis del art. 225 de la L.E.C. y del art. 238.3 de la L.O.P.J**

Como ya comentamos en su momento, las leyes de procedimiento civil y penal no contenían, con carácter general, previsiones relativas a los vicios o defectos en que pudieran incurrir los actos procesales ni sus consecuencias sancionadoras.

Para suplir dicha deficiencia, como bien señala TAPIA FERNÁNDEZ<sup>690</sup>, la doctrina científica y la jurisprudencia del T.S. se centraron en determinar los defectos procesales que podrían conllevar la nulidad de lo actuado y de este modo se llegó a la promulgación del art. 745 de la L.E.C./1881 relativo al “incidente de nulidad de actuaciones”, el cual supuso una vía para resolver las distintas formas de ineficacia de los actos procesales. Sin embargo, debido a los abusos que las partes efectuaban de dicho incidente, el mismo fue derogado por la reforma de la L.E.C. de 6 de agosto de 1984.

Ante la urgente necesidad de regular dicha materia, la L.O.P.J. de 1984 introdujo los arts. 238 a 243 relativos al sistema de nulidad de los actos procesales, a pesar de no tratarse de normas propias de una regulación orgánica del Poder Judicial como indica TAPIA FERNÁNDEZ.

---

<sup>690</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: “Comentario al artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Nulidad de pleno derecho”, *Ed. Aranzadi*, Pamplona, 2001. Dicha Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de las Islas Baleares realiza un interesante análisis del origen y evolución de la regulación de la ineficacia de los actos procesales en nuestro ordenamiento jurídico y asimismo se centra en estudiar los distintos supuestos de nulidad contemplados en el art. 225 de la L.E.C. 1/2000. También resulta interesante el estudio sobre los casos en que los actos procesales son nulos conforme al art. 238 de la L.O.P.J. que realizan los magistrados VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis y MARTÍN MARTÍN, Gervasio: “De la nulidad de los actos judiciales (1ª parte)”, ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.

Con la promulgación de la L.E.C. 1/2000, de 7 de enero – Cap. IX bajo la rúbrica de “La nulidad de las actuaciones”<sup>691</sup>- se perfeccionó la regulación contenida en los preceptos de la L.O.P.J. relativos a la nulidad de actuaciones y de una primera impresión se deduce que aunque no son muchas las diferencias numéricas de supuestos de nulidad sí que lo son en contenido.

Es por ello que nos centraremos en analizar cuáles son las principales diferencias entre la cláusula general de la nulidad absoluta de los actos procesales (ex art. 11.1 de la L.O.P.J.) y la protección dispensada por el art. 225 de la L.E.C.<sup>692</sup>, y en definitiva, determinar si ambos preceptos se mueven o no en el mismo plano de legalidad.

Así cabe preguntarse ¿por qué es necesaria la existencia de la garantía de la inadmisión de la prueba ilícita del art. 11.1 de la L.O.P.J. si ya disponemos del régimen de nulidades del art. 225 de la L.E.C. y del art. 238 de la L.O.P.J.? ¿qué distinción existe entre la aplicación de uno y otro régimen?

---

<sup>691</sup> La L.E.C. dedica los arts. 225 a 231 a la nulidad de actuaciones pero es destacar que los mismos no entraron en vigor hasta que no se aprobó la reforma de la L.O.P.J. por virtud de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, quedando hasta entonces momentáneamente sin aplicación por virtud de lo establecido en la Disposición Final 17<sup>a</sup>.

<sup>692</sup> La redacción vigente del art. 225 de la L.E.C. es del tenor literal siguiente:

“Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1º Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4º Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la Ley la establezca como obligatoria.

5º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Secretario judicial.

6º Cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.

7º En los demás casos en que esta Ley así lo establezca”.

Para dar respuesta a estos interrogantes hay que examinar como decíamos si los referidos preceptos se mueven o no en planos distintos. Lo cierto es que todos ellos tienen un aspecto común: privan de eficacia procesal a la conducta de que se trate, pero el art. 11.1 de la L.O.P.J. es la plasmación de la garantía constitucional de la exclusión de la prueba ilícita mientras que los arts. 225 de la L.E.C. y art. 238 de la L.O.P.J. se mueven en el plano de la legalidad, esto es, están pensados para tutelar las normas procesales desde el ámbito de la legalidad y no para tutelar las garantías procesales de alcance constitucional.

Llegados a este punto, procede tener en consideración la matización que apuntan DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>693</sup> en el sentido de que si elevásemos los arts. 225 de la L.E.C. y art. 238.3º de la L.O.P.J., del plano de la legalidad al de constitucionalidad, se produciría inevitablemente la desprotección de las normas procesales.

Dichos autores concluyen que la razón de ser del art. 11.1 de la L.O.P.J. es que el legislador se ve en la necesidad de otorgar protección jurídica a una garantía constitucional procesal a la que no basta el sistema estándar de protección de las restantes. Y es que efectivamente la protección del art. 11.1 de la L.O.P.J. va más allá ya que no tan sólo prohíbe la eficacia procesal de cualquier acto derivado de la lesión de un derecho fundamental, sino también de los que provienen

---

<sup>693</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 135 y 136. Estos autores indican que es habitual en la doctrina la elevación del art. 238 de la L.O.P.J. al plano de constitucionalidad y cuando ello tiene lugar el argumento que se utiliza para intentar distinguir ambo artículos es que el art. 11.1 de la L.O.P.J. se ocuparía de los derechos fundamentales materiales o sustantivos mientras que el art. 238 L.O.P.J. de los derechos fundamentales procesales, como ya hemos tenido ocasión de comprobar que ello sucede a menudo al analizar la dicción del art. 11.1 de la L.O.P.J.



indirectamente (de dicha lesión) son ineficaces, esto es, los supuestos de eficacia refleja.

Según mi parecer una de las explicaciones coherentes de la razón de ser de ambas regulaciones es precisamente que las consecuencias jurídicas de su aplicación son distintas, si bien en ocasiones no resulta fácil distinguir sus efectos. Lo cierto es que normalmente la protección ofrecida por la legalidad ordinaria (arts. 225 de la L.E.C. y art. 238 de la L.O.P.J.) se limita a dejar sin efecto el acto lesivo, pero en ocasiones con ello no es suficiente -debe impedirse que dicho acto siga surtiendo efectos- por lo que es necesario acudir al régimen de nulidad que dispensa el art. 11.1 de la L.O.P.J. ya que no se limita a la mera privación de eficacia del acto lesivo. Por tanto, la garantía constitucional del art. 11.1 de la L.O.P.J. tiene que impedir la eficacia procesal de todo lo que sea resultado de la lesión del derecho fundamental.

Otra importante distinción entre ambas regulaciones que indican DÍAZ CABIALE y MARTÍN MORALES<sup>694</sup> es el ámbito de aplicación en el que despliegan sus efectos: mientras que el art. 238 de la L.O.P.J. se circunscribe a la causa en curso, el art. 11.1 de la L.O.P.J. alcanza además a la realidad material, fuera del proceso. Ésa es precisamente la esencia de la garantía constitucional: la privación absoluta de eficacia procesal de la consecuencia de la lesión del derecho fundamental, porque ésa era la intención del acto lesivo.

---

<sup>694</sup>DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., pág. 142. Estos autores también señalan que otra de las cuestiones problemáticas es discernir qué debe entenderse por el concepto de “indefensión” exigidos por el art. 238.3 de la L.O.P.J. y por el art. 225.3 de la L.E.C. Para ello consideran imprescindible distinguir cuando se trata de resoluciones interlocutorias, en cuyo caso no podrá darse la nulidad absoluta, de las resoluciones definitivas, en las que si efectivamente se aprecia la vulneración de derechos fundamentales, podrá estimarse que se ha causado indefensión. Dicho en otras palabras, la indefensión, por su propia naturaleza, sólo puede determinarse en la resolución definitiva.

Además dichos autores apuntan que el alcance del art. 11.1 de la L.O.P.J. supone, por un lado, una extensión de la competencia funcional del órgano jurisdiccional que somete a su propia decisión la posible ilicitud de las pruebas y, por otro, otra extensión de su eficacia incluso a los hechos históricos o materiales, pues “la policía no puede utilizar nada de lo obtenido ni siquiera como *notitia criminis* para iniciar una investigación sobre los hechos de que se trate”<sup>695</sup>.

En el mismo sentido se expresa MARTÍNEZ GARCÍA<sup>696</sup> al declarar que el art. 238 de la L.O.P.J. se restringe a los defectos que se pueden dar en la incorporación de la fuente a un proceso en el que provocase indefensión, es decir, que la prueba obtenida mediante un acto de investigación concreto pasa a ser ineficaz, si bien no va más allá, simplemente lo invalida por producirse con indefensión. Por el contrario, los efectos del art. 11.1 de la L.O.P.J. son distintos: su aplicación implica la anulación de todo lo derivado de la prueba ilícita originaria.

Dicha autora advierte de la necesidad de la existencia del art. 11.1 de la L.O.P.J. ya que sin el mismo podría darse el caso de que la información obtenida ilícitamente podría introducirse posteriormente en el proceso ya que de hecho las pruebas derivadas de por sí son ilícitas

---

<sup>695</sup> DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ob.cit., págs. 141-142.

<sup>696</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril), ob.cit., págs. 44 a 48 y en su posterior obra, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 52.

salvo si su conocimiento ha surgido directamente de un ilícito constitucional, siendo por ello insuficiente el art. 238 de la L.O.P.J.<sup>697</sup>.

Además a mi modo de ver procede tener en consideración que en el Derecho procesal existe, mientras no sea incompatible con un principio superior, el principio de conservación del acto en caso de duda “in dubio pro actis”, lo cual justifica, aún más si cabe, la razón de ser del art. 11.1 de la L.O.P.J.<sup>698</sup>.

Todo ello conecta directamente con la consolidada jurisprudencia dictada por nuestros más Altos Tribunales conforme a la cual la doctrina norteamericana de los frutos del árbol envenenado no puede conllevar a que “la contaminación viciosa imposibilite la investigación penal (...) por un defecto puramente formal estrictamente procesal de legalidad ordinaria y sólo la vulneración propiamente constitucional puede hacerse extensiva la inefectividad de las pruebas a las posteriores”. (S.T.S., 2<sup>a</sup>, de 07.07.1995, F.J. 1º, RJ 1995/5436).

El análisis del diferente alcance de ambos preceptos pasa inevitablemente por examinar el problema relativo a las pruebas irregulares y su distinción con las pruebas ilícitas.

---

<sup>697</sup> Según la referida autora esto es lo que la relevante S.T.C. 81/1998 (F.J. 3º) hace al evitar la aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. al argumentar que la prueba derivada no está contaminada y por ello admite que el mismo hecho sea probado a través de otros medios de prueba.

<sup>698</sup> Lo cierto es que es doctrina jurisprudencial del T.S. que declara que la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes obrantes en la causa si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas. Así encontramos la línea jurisprudencial representada por las S.S.T.S. de 09.10.1992 (RJ 1992/7955) y de 20.05.1994 (RJ 1994/3942).

### **3.4) La problemática de las pruebas irregulares**

#### **3.4.1) Posiciones doctrinales**

Como ya hemos apuntado con anterioridad, según la doctrina mayoritaria las pruebas ilícitas se identifican con la vulneración de derechos fundamentales, estando reguladas por el art. 11.1 de la L.O.P.J., mientras que las pruebas irregulares son aquellas que vulneran normas procesales de rango generalmente infraconstitucional.

Ello conduce a que las primeras conlleven una nulidad de pleno Derecho, esto es, no podrán ser objeto de valoración, debiendo ser consideradas inexistentes, mientras que las irregulares sólo tienen el efecto que disponga la norma especialmente infringida, o como señala MEDINA CEPERO<sup>699</sup>, tienen únicamente consecuencias particulares respecto a la inadmisibilidad o inutilidad de la prueba pero no generales, de tal modo que resultaría plausible acreditar el hecho objeto de investigación a través de otros medios probatorios.

VELASCO NUÑEZ<sup>700</sup> comparte también esta distinción respecto de las consecuencias entre ambos tipos de pruebas al sostener que mientras que la prueba ilícita (“ilícito constitucional” en palabras del autor) contamina a pruebas derivadas y no puede convalidarse por diligencias posteriores salvo que sea auténtica prueba independiente, la

---

<sup>699</sup> MEDINA CEPERO, Juan Ramón: “La prueba ilícita o prohibida”, ob.cit., pág. 4.

<sup>700</sup> VELASCO NUÑEZ, Eloy: “Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)”, ob.cit., págs. 10.165 a 10.173, el cual en orden a las pruebas irregulares declara: “el hecho probado por una actividad probatoria irregular puede probarse por otra actividad, aunque proceda de idéntica fuente, siempre que sea prueba distinta”. Como ejemplo de infracción de derecho fundamental cita la S.T.S. de 26.03.1996 en la que se declaró vulnerado el art. 18.3 de la C.E. por haber solicitado la policía autorización para intervenir un teléfono para investigar un presunto delito de salud pública en vez del de cohecho que realmente se pretendía descubrir.

prueba irregular (“ilícito procesal”) produce efectos de nulidad relativa o anulabilidad en el sentido que la irregularidad sólo hace ineficaz a la prueba viciada pero su efecto no se extiende a las pruebas derivadas de la misma fuente, pudiéndose convalidar con diligencias posteriores<sup>701</sup>.

Por su parte, RIVES SEVA<sup>702</sup> afirma de forma categórica que la prueba nula por vulneración de derechos fundamentales no produce efecto alguno, de tal modo que su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias.

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar, un sector de la doctrina estima que el art. 11.1 de la L.O.P.J. ha consagrado la inefectividad únicamente de las pruebas que hayan vulnerado derechos fundamentales de tal modo que si la prueba se obtuviera de forma ilícita, pero sin afectar derechos fundamentales, sería admisible y desplegaría todos sus efectos<sup>703</sup>. Por tanto, según esta tesis, sólo la vulneración de derechos fundamentales convertiría en inadmisibile una prueba.

---

<sup>701</sup> En el mismo sentido, RAMOS RUBIO, Carlos: “La prueba ilícita y su eficacia en la jurisprudencia” en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada, núm. 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 18-20.

<sup>702</sup> RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 340.

<sup>703</sup> Así encontramos a PASTOR BORGONÓN, Blanca: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitas” ob.cit, pág. 356, la cual sostiene que “las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad (que los derechos fundamentales) deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones en el orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable”.

Este criterio es sostenido entre otros por GONZÁLEZ MONTES<sup>704</sup>, RUIZ VADILLO<sup>705</sup>, SAINZ DE ROBLES<sup>706</sup> y MARTÍN PALLÍN<sup>707</sup>, los cuales son partidarios de reservar el ámbito de aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. a las pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y que admiten que se pueda utilizar para fundamentar una decisión, la prueba obtenida irregularmente si posteriormente es subsanada pero nunca podrá ser utilizada si viola un derecho fundamental.

En una posición totalmente opuesta se sitúa LÓPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>708</sup>, el cual estima que la concepción antes expuesta es demasiado estricta y considera que no tiene que haber ningún problema en ampliar el ámbito de aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. a las pruebas que se hayan obtenido ilícitamente pero sin vulneración de derechos fundamentales.

---

<sup>704</sup> GONZÁLEZ MONTES, José Luis: “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1, págs. 30-31 y 36.

<sup>705</sup> RUIZ VADILLO, Enrique: “La actividad probatoria en el proceso penal español” en AA.VV. *La prueba en el proceso penal*, Colección Cursos, vol. 12, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993, pág. 132, el cual distingue entre la prueba radicalmente nula (aquella que viola derechos fundamentales) y la prueba irregular.

<sup>706</sup> SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos y ALCABAR LÓPEZ, José Luis: “El derecho a la prueba”, *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, págs. 583 y ss. son partidarios de la admisibilidad de las pruebas cuando en su obtención no se hayan violado derechos fundamentales.

<sup>707</sup> MARTÍN PALLÍN, José Antonio: “Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial VI., Madrid, 1989, pág. 126, el cual sostiene que una prueba irregular si es subsanada podrá ser objeto de valoración mientras que una prueba que haya vulnerado un derecho fundamental nunca podrá ser subsanada, y en consecuencia, tenida en consideración.

<sup>708</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ob.cit., págs. 134-135 y 141-143, incluso va más allá al interpretar el alcance de la relevante STC 114/1984 al afirmar que la misma: “tampoco niega taxativamente la eficacia de la teoría de la prueba ilícita cuando el derecho violado no tiene el carácter de fundamental. Lo que al respecto señala es que ‘acaso’ puedan ceder las garantías de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ante la necesaria procuración de la verdad, cuando la base de la encrucijada de intereses es estrictamente infraconstitucional, lo cual únicamente debe interpretarse, a nuestro juicio, en el sentido de dejar abierta la puerta para que en otro momento el tribunal pueda decidirse por cualquiera de ambas posibilidades”.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia se inclinan por una posición intermedia conforme a la cual deberá ponderarse en cada caso concreto, mediante un juicio de proporcionalidad, la trascendencia de la norma infringida en función de los intereses en conflicto, criterio que también considero más adecuado.

Entre la doctrina mayoritaria<sup>709</sup> merece destacar GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO<sup>710</sup> el cual sostiene que en caso de vulneración de un derecho fundamental en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de prueba impide su valoración, en cambio cuando se vulneran normas de rango legal, deberá ponderarse la trascendencia de la infracción procesal, atendiendo a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Del mismo parecer es PAZ RUBIO<sup>711</sup>, al afirmar que en determinados supuestos en los que no resulta infringido ningún derecho fundamental, sino en los que únicamente se vulneran normas de legalidad ordinaria, puede existir desde una perspectiva constitucional, prohibición de valoración de la prueba, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías o a la igualdad de las partes, lo que deberá estudiarse en cada caso concreto.

---

<sup>709</sup> PICÓ JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob.cit., págs. 304 y ss. si bien admite a priori la valoración de la prueba irregular seguidamente matiza su criterio en el sentido de acudir a una “ponderación motivada de los intereses involucrados” para decidir si deben o no rechazarse tales pruebas. En el mismo sentido, LÓPEZ-FRAGOSO ALVÁREZ, Tomás: *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, ob.cit., págs. 96-97.

<sup>710</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, ob.cit., pág. 338-340, el cual reconoce que a pesar de ello siempre habrá casos en los que resultará difícil determinar si la valoración de una prueba concreta constituye o no una infracción del derecho a un proceso con todas las garantías.

<sup>711</sup> PAZ RUBIO, José María, MENDOZA MUÑOZ, Julio, OLLE SESÉ, Manuel y RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, ob.cit., pág. 210.

Una voz crítica la encontramos en MIRANDA ESTRAMPES<sup>712</sup>, el cual no está conforme con el criterio mayoritario de decidir en cada caso concreto ya que según su parecer, ello puede conllevar una cierta inseguridad jurídica.

Dicho autor parte de la premisa de que prácticamente todas las normas procesales que regulan la actividad probatoria cumplen una función de garantía respecto del imputado, razón por la que estima que su infracción debe tener las mismas consecuencias que si se tratara de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, esto es, la aplicación de la protección del art. 11.1. de la L.O.P.J<sup>713</sup>.

Sin embargo, MIRANDA ESTRAMPES matiza su posición al precisar que no se trata de que en tales casos se produzca una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, sino que de ser las pruebas irregulares las únicas pruebas de cargo del proceso, su valoración por el Tribunal conllevaría una violación del derecho a la presunción de inocencia.

---

<sup>712</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ob.cit., págs. 76 y 77. En la misma línea se sitúan DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Angel: *La prueba ilícita en el proceso penal*, ob.cit., pág. 23 que reconocen el riesgo de que se dicten resoluciones puntuales en función del interés que se estime prevalente en cada asunto lo que entienden pueden hacer chirriar los principios y postulados generales mínimamente existentes, pero al mismo tiempo admiten que ello también dependerá en gran medida de la actitud más o menos activa que jueguen las partes a lo largo del proceso.

<sup>713</sup> Este razonamiento entendemos que se sitúa en el mismo plano que el defendido por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, conforme nota al pie núm. 204.



### 3.4.2) Análisis jurisprudencial

Si atendemos a la doctrina jurisprudencial del T.S. y del T.C., observamos que la misma dispensa un tratamiento claramente diferenciado a los supuestos de ilicitud constitucional de los de mera legalidad ordinaria, al reservar la aplicación del art. 11.1 de la L.O.P.J. al primero de los casos y destinar el art. 238 de la L.O.P.J. a las infracciones de legalidad ordinaria<sup>714</sup>.

Las consecuencias que derivan de la aplicación de un u otro precepto no es baladí sino de gran trascendencia al conducir a resultados claramente distintos. En los casos de ilicitud de la prueba por falta de algún presupuesto constitucional sus resultados han de tenerse como inexistentes y además el vicio acontecido contamina todas las restantes diligencias probatorias que de él deriven (eficacia refleja).

Por el contrario, la nulidad del acto probatorio por infracción de las normas de legalidad ordinaria que regulan su ejecución procesal queda circunscrita al propio acto pero no invalida el resto de pruebas practicadas (no produce efectos expansivos), sin que la aplicación del

---

<sup>714</sup> En este sentido, merece destacar el trabajo de reflexión de HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, pág. 174, que si bien se circunscribe al análisis de la diligencia de entrada y registro domiciliario, la doctrina que el mismo cita es aplicable también al resto de diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales como las intervenciones telefónicas. En orden a la doctrina jurisprudencial, el referido autor la sintetiza en los siguientes términos: “la jurisprudencia se ha decantado por la distinción entre los supuestos en que falta algún presupuesto constitucional para invadir el domicilio de aquéllos otros en que, existiendo tal elemento legitimante, no se cause aquella lesión a un derecho constitucional, pero se produce en la realización del acto el incumplimiento de normas procesales reguladoras del mismo (...), debiendo ponderarse la trascendencia de lo omitido o de lo irregularmente realizado en relación con el derecho fundamental de que se trate, así como también el constitucionalmente consagrado de erradicación de la indefensión”.

art. 238.3 de la L.O.P.J. impida la prueba de los hechos de que se trate por otros medios probatorios.

Procede destacar que en un primer momento la ausencia de norma legal expresa que proclamara la nulidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales no fue obstáculo para que el T.C. consagrara su inadmisibilidad y en consecuencia su carencia de efectos.

Sin embargo, ello no fue un camino fácil sino que hubo ocasiones en que el T.C.<sup>715</sup> se posicionó en el sentido de negar que la ilicitud probatoria fuera causa de inadmisión del medio de prueba por entender que la misma no se apoyaba en ningún norma legal ni constitucional.

Los primeros pronunciamientos del T.C. tras la vigencia del art. 11.1 de la L.O.P.J. ya propugnaban una interpretación teleológica de las formas previstas en las leyes procesales en aplicación del criterio de la ponderación proporcional entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto (SSTC 180/1987, de 12 de noviembre y 263/1988, de 22 de diciembre), conforme a la cual, no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación o de prueba conduce necesariamente a negarle valor probatorio.

---

<sup>715</sup> Ejemplo de ello son los Autos del T.C. núms. 173/1984, de 21 de marzo y 289/1984, de 16 de mayo los cuales fundamentaron su decisión por cuanto la ilicitud probatoria “a) porque no se apoya en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; b) porque, a su vez, dicho principio general del Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y, como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda* para incorporarla al Derecho procesal civil algunos procesalistas españoles por no existir actualmente, como se dijo, norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos cualquiera que sea su origen” (F.J. 3º del ATC 173/1984).

Así siguiendo esta doctrina, la S.T.S. de 29.03.1990 (RJ 1990/2647)<sup>716</sup> ya declaró que “cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un derecho fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso y los Jueces y Tribunales habrán de reputarla inexistente a la hora de construir la base fáctica en que haya de apoyarse una sentencia condenatoria. Otra cosa quizá haya que decir cuando la ilicitud sea de rango inferior, en cuyo supuesto es posible que tenga que prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una adecuada valoración de la norma violada su consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza” (F.J. 2º).

La razón de ser del art. 11.1 de la L.O.P.J. ha sido tratada profusamente por la jurisprudencia. Como bien explica la S.T.S. de 17.02.1999 (RJ 1999/865): “la prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo pretende otorgar el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y, al mismo tiempo, ejercer un efecto disuasor de conductas anticonstitucionales en los agentes encargados de la investigación criminal” (*deterrence effect*).

La doctrina jurisprudencial dictada en el ámbito concreto de las intervenciones telefónicas fue también clara desde el principio en orden a la distinción entre la prueba ilícita y la irregular en función de si la infracción se hallaba en el plano constitucional o bien de legalidad ordinaria. Un ejemplo de ello, es la S.T.S. de 11.10.1994 (RJ

---

<sup>716</sup> Dicha sentencia declara que tras la vigencia en nuestro Derecho del art. 11.1 de la L.O.P.J. ya no puede caber ninguna duda que en el caso de aprehensión de droga como consecuencia de un registro domiciliario que infringió lo previsto en el art. 18.2 de la C.E., sea nula la prueba así obtenida.

1994/8170) en cuyo F.J. 1º declaró: “no cabe confundir la licitud constitucional de la medida, que sólo requiera la existencia de una autorización judicial válidamente emitida, con el plano inferior y de legalidad ordinaria de su regularidad procesal y válida dentro del proceso, así como de su fuerza probatoria, las que han de valorarse conforme a las reglas que regulan la eficacia de los actos procesales (en especial de las pruebas) y el incumplimiento de las formas y requisitos precisos para tal eficacia”<sup>717</sup>.

No tardaron en dictarse sentencias en las que se apuntaba la necesidad de precisar los casos en que el efecto expansivo del art. 11.1 de la L.O.P.J. resulta aplicable, como la S.T.S. 31.10.1998 (RJ 1998/8728), según la cual deben concretarse en los supuestos de violación de derechos y libertades fundamentales “sin extenderse a las infracciones procesales de la legalidad ordinaria, ni aún por la vía de calificarlas de infracciones indirectas del derecho a un proceso con las debidas garantías del art. 24.2 de la C.E., pues este precepto no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal”<sup>718</sup>.

---

<sup>717</sup> Este razonamiento relativo a la distinción fue reiterado en múltiples pronunciamientos posteriores siendo de destacar la S.T.S. de 09.04.1996 (RJ 1996/3216) en cuyo F.J. 6º recogió el mismo: “En esa doctrina destaca la distinción, apoyada también en lo que es jurisprudencia general de este Tribunal respecto a otras invasiones de la intimidad domiciliar y personal, entre la ilicitud constitucional de la diligencia, al no ampararse su ejecución en ninguno de los requisitos constitucionalmente habilitantes para su práctica, y su irregularidad o nulidad procesal, al no cumplir las normas impuestas para su ejecución valorables a nivel de legalidad ordinaria y trascendente sólo a los efectos procesales, en especial los probatorios, las que de no cumplirse determinaría su invalidez procesal y obligaría a la vez que permitiría, a acudir a otras pruebas para acreditar lo que, de ser válida, aquella diligencia podría probar por sí misma”.

<sup>718</sup> Según indica DÍAZ CABIALE José Antonio: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992, pág. 155: “la cuestión que se suscita es si la infracción de cualquiera de los preceptos que regulan la intervención de las comunicaciones en la LECrim da lugar a la ilicitud del acto de investigación, o si por el contrario la ilicitud sólo tiene lugar cuando no existe autorización judicial motivada, con una fijación de plazos”. Del análisis de los preceptos que regulan las intervenciones telefónicas (arts. 579 y 583 de la L.E.Crim.) entiende que al tratarse de normas de legalidad ordinaria podrán

Lo cierto es que el T.S. defiende la aplicación restrictiva del art. 11.1 de la L.O.P.J., limitando la fuerza expansiva del efecto de la prueba ilícita al invocar el principio de conservación de los actos procesales, con fundamento legal en el art. 242 de la L.O.P.J., que sobre la nulidad de los actos judiciales mantiene la sanidad de los sucesivos al acto nulo cuando fueren independientes de aquel, así como también cuando su contenido hubiere permanecido invariable aún sin haberse producido la infracción que dio lugar a la nulidad.

A fin de dar una solución definitiva al problema de la fijación del alcance del efecto reflejo del art. 11.1 de la L.O.P.J. por aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que en muchas ocasiones había conducido a abusos<sup>719</sup>, el T.S.<sup>720</sup> ha sentado una doctrina consolidada que proclama la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas.

---

provocar la nulidad del acto procesal (ya que generan una anulabilidad del mismo) pero no constituyen supuestos de ilicitud.

<sup>719</sup> A modo de ejemplo, la S.T.S. de 08.10.1996 (RJ 1996/7136), en la que se practicó un registro domiciliario nulo pero no se extendió dicha nulidad a la declaración de la coimputada, advirtió de los abusos que la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado al contaminar al resto de pruebas practicadas en los siguientes términos: “pues de aceptarse al pie de la letra ese principio nos encontraríamos constantemente con situaciones de verdadera impunidad, que chocarían con la lógica de la realidad y con el respeto que ha de tenerse a conseguirse una verdadera justicia material. Por ello, y dentro del más exquisito respeto a las garantías constitucionales, siempre se debe distinguir entre pruebas que conculcan esas garantías y pruebas que se obtienen dentro de ellas, sin que lo espurio o ilegal de aquéllas tenga que contaminar necesariamente a éstas”.

<sup>720</sup> Entre muchas otras, S.S.T.S., de 09.10.1992 (RJ 1992/7955) y de 20.05.1994 (RJ 1994/3942), de 26.05.1997 (RJ 1997/4133) y de 24.01.1998 (RJ 1998/88) las cuales declaran que: “la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes obrantes en la causa si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas”. Procede tener en consideración que la jurisprudencia también aplica el criterio de la doctrina mayoritario según el cual para valorar el alcance de la declaración de nulidad debe atenderse a las circunstancias concretas de cada caso. Así en la S.T.S. de 04.04.1994 (RJ 1994/2867) declaró que la nulidad de la prueba “afecta sólo a la misma y a sus consecuencias”.

Ejemplo de dicha doctrina<sup>721</sup> lo encontramos en la S.T.S. de 16.02.2007 (RJ 2007/1930) en la que la declaración del recurrente y el resultado de la diligencia de entrada y registro no se vieron afectados por la nulidad parcial de las intervenciones telefónicas, por no tener ni siquiera relación causal con las mismas, concluyendo “no puede apreciarse una conexión de antijuricidad entre las diligencias declaradas nulas y los medios de prueba utilizados en el proceso”.

Sin embargo, la doctrina expuesta no siempre ha sido acogida y presenta dificultades cuando debe aplicarse al caso concreto. Así, no resulta difícil encontrar casos en que el T.S. ha extendido los efectos de la teoría de los frutos del árbol envenenado al resto de pruebas practicadas, declarando también la nulidad de éstas por contaminación de la ilícitamente obtenida. Ello ha ocurrido en las S.T.S. de 08.02.1999

---

<sup>721</sup> Otros recientes casos los encontramos en la S.T.S. de 31.05.2006 (RJ 2007/1676), caso “Al Qaeda” que en orden a la existencia o no de conexión de antijuricidad con cita de la doctrina del T.C., declara: “No se aprecia, pues, ninguna razón para sostener que las declaraciones del recurrente hayan venido condicionadas de modo directo o indirecto, pero en cualquier caso relevante, por las pruebas obtenidas con la intervención telefónica de referencia o por las derivadas de ella, sino que, por el contrario, sus declaraciones confesando los hechos fueron prestadas de forma libre y con conciencia de las consecuencias de sus manifestaciones”.

En la misma línea se pronuncia la S.T.S. de 20.07.2006 (RJ 2006/6300), caso del “Talibán español”, la cual tras declarar nulas todas las actuaciones practicadas en Guantánamo (“entrevista personal” sin las debidas garantías), considera que la declaración prestada por el acusado en el Juzgado Central de Instrucción y en el Plenario, ésta sí con las debidas garantías procesales, es prueba autónoma no afectada de nulidad por conexión con otras pruebas”. Otros ejemplos, los encontramos en la S.T.S. de 19.03.2001 (RJ 2001/1908), que pese a la posible ilicitud de las intervenciones telefónicas que pudieron contaminar el posterior registro domiciliario, considera válida la declaración del propio acusado admitiendo la posesión de la droga, en la S.T.S. de 09.01.2006 (RJ 2006/3330) así como en la S.T.S., de 06.10.2006 (RJ 2006/7105) que aprecia desconexión entre la confesión voluntaria del acusado y la prueba declarada ilícita de las intervenciones telefónicas al razonar en su F.J. 2º, 3er apartado “Ante la evidente relación de causalidad entre la diligencia de intervención telefónica declarada ilícita en cuanto vulneradora del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la intervención de la droga, objeto material del delito, se plantea la cuestión del posible efecto contaminante en las demás pruebas, problema conocido en la jurisprudencia constitucional como «conexión de antijuricidad»”.

(RJ 1999/291)<sup>722</sup>, de 17.11.2003 (RJ 2003/8612)<sup>723</sup>, de 21.10.2004 (RJ 2004/7166)<sup>724</sup>, todas ellas relativas a las intervenciones telefónicas.

En cuanto a la doctrina del T.C. podemos afirmar que ha tratado la cuestión prácticamente en el mismo sentido que el T.S. y la podemos sintetizar en los pronunciamientos que seguidamente comentaremos.

Como ya hemos tenido ocasión de comprobar el T.C. hizo un importante paso al declarar la ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales cuando no existía ningún precepto en nuestro ordenamiento jurídico que así lo reconociera. Posteriormente adoptó el criterio de la necesaria observancia de la relación de causalidad, siendo un ejemplo de ello la S.T.C. 85/1994, de 14 de marzo, que se limitó a impedir la consideración de prueba legalmente obtenida cuando la practicada tiene una derivación inmediata de la prueba inconstitucionalmente obtenida<sup>725</sup>.

---

<sup>722</sup> En dicha sentencia se absolvió finalmente a los acusados porque la aprehensión del alijo de hachís se hizo posible gracias a la interceptación mediante un escáner, sin autorización judicial, de las conversaciones emitidas a través de teléfonos portátiles, careciendo de efectos probatorios todo lo acontecido con posterioridad, incluida la prueba que se deriva de la ocupación de la sustancia estupefaciente. En parecidos términos se pronunció el Alto Tribunal en su sentencia de 27.10.1998 (RJ 1999/240) que confirmó la absolución decretada por la Audiencia al considerar que la intervención telefónica que fue declarada nula guardaba una relación directa con la autoinculpación de uno de los acusados o con la imputación que se hizo al otro, pues “tales declaraciones tuvieron lugar ya bajo la presión o conmoción psíquica que supone conocer los resultados de tales grabaciones”.

<sup>723</sup> Dicha resolución entendió lesionado el derecho a la presunción de inocencia puesto que el fallo condenatorio parece fundado exclusivamente en pruebas procedentes de una intervención telefónica anulada por falta de motivación, cuya actividad entendió que era inequívocamente contaminante.

<sup>724</sup> En dicha sentencia también se decretó la absolución porque el único elemento de corroboración de la declaración del coimputado en la que se basó la condena, era el contenido de unas conversaciones telefónicas interceptadas, cuya nulidad fue declarada en la misma sentencia de casación, no quedando por tanto ningún elemento que avalara la versión del coimputado respecto a la participación del recurrente en el hecho delictivo.

<sup>725</sup> Así declaró “una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, se ha de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera

Posteriormente el T.C. concentró sus esfuerzos en intentar delimitar el alcance de los efectos de la prohibición de valoración de las pruebas, esto es, del art. 11.1 de la L.O.P.J., estableciendo el criterio de la llamada conexión de antijuricidad a fin de poder valorar las pruebas obtenidas a partir del conocimiento de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones.

En este sentido es de destacar la STC 81/1998, de 2 de abril la cual determina que “para que la prohibición de valoración de las pruebas ilícitas se extienda también a las pruebas derivadas o reflejas, habrá de precisarse que éstas se hallen vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones”. (F.J. 4º).

Relevante fue también la STC 49/1999, de 5 de abril, la cual señaló que la importancia del papel que ha de atribuirse al conocimiento derivado de las pruebas obtenidas con vulneración inmediata del derecho al secreto de las comunicaciones depende de un

---

deducirse de contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria”. En muy parecidos términos se pronunció en la STC 86/1995, de 6 de junio en la cual declaró que existió una relación de causalidad entre la ocupación de la droga y el resultado de la intervención telefónica ilícita, porque “no existe duda de que éste fue el medio que permitió a la Guardia Civil conocer que uno de los sospechosos se desplazaría para hacerse cargo del alijo de droga, que fue hallado en su poder al ser interceptado por los agentes encargados de vigilarle (...)”, por lo que “la prohibición probatoria se extiende no sólo al resultado de la observación telefónica, sino también a la ocupación de la droga y, consiguientemente, ninguno de estos indicios debió ser considerado para establecer la culpabilidad de los recurrentes”, pese a lo cual no estima el recurso, porque aún prescindiendo de esos elementos de prueba se produjeron en el proceso otras pruebas válidas.



juicio de experiencia que corresponde a los Tribunales ordinarios. Es por ello por lo que se limita a anular los autos dictados en la instrucción acordando las intervenciones telefónicas así como las sentencias condenatorias dictadas por la Audiencia y el T.S., retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la formación de las pruebas a fin de poder determinar si con las restantes pruebas se mantendría o no la acusación<sup>726</sup>.

Este mismo efecto retroactivo aplicó la S.T.C. 184/2003, de 16 de abril, que denegó el amparo al Sr. Prado Bugallo, el cual había invocado la STEDH de 18.02.2003 que había estimado su demanda por vulneración del art. 8 del C.E.D.H. El motivo principal de la denegación del amparo fue porque consideró que existían otras pruebas de cargo independientes de las escuchas telefónicas<sup>727</sup>.

En posteriores resoluciones el Alto Tribunal también ha sostenido la inexistencia de conexión de antijuricidad entre las intervenciones telefónicas (sin cobertura judicial) y las principales pruebas de cargo, denegando en consecuencia el amparo.

---

<sup>726</sup> Este criterio ha sido el seguido en las posteriores resoluciones, insistiendo la S.T.C. 28/2002, de 11 de febrero (RTC 2002/28) en que el juicio de experiencia para establecer la conexión o desconexión entre unas y otras pruebas compete al Tribunal sentenciador pero precisa que “su razonabilidad está subordinada a la explicitación de las razones que le llevan a una u otra conclusión y a que tales razones sean suficientes para fundamentarlo”, por lo que anula la sentencia del T.S. recurrida por falta de motivación, la cual había estimado válido un registro domiciliario por estar desconectado de una intervención telefónica ilícita, por lo que acuerda la retroacción de las actuaciones.

<sup>727</sup> Efectivamente, el T.C. recogió el mismo parecer que el T.S. al declarar: “el descubrimiento de la nave donde se encontraba la droga no se produce por las escuchas telefónicas, sino, de forma paralela, también por los seguimientos policiales a los que eran sometidos los sospechosos, seguimientos que no aparecen dependientes de aquéllas. Por otro lado, los sospechosos ya lo eran antes y con independencia de las mismas, y el descubrimiento de las operaciones de entrega y la aprehensión de la droga tiene lugar a causa precisamente de la vigilancia policial a la que la nave fue sometida. Lo mismo ocurre con las demás partidas de droga, descubiertas a raíz de las declaraciones de los detenidos y con los hechos que constituyen la base fáctica de los demás delitos por los que recayó condena. Por lo tanto existen otras pruebas de cargo independientes de las escuchas telefónicas”.

Así acaeció en la STC 261/2005, de 24 de octubre (RTC 2005/261), en cuyo caso la condena por delito de contrabando se sustentó exclusivamente en las declaraciones de los funcionarios que efectuaron el seguimiento de los acusados e intervinieron el tabaco, así como en sus propias declaraciones autoinculpatorias, excluyéndose el resultado de las escuchas practicadas, motivo por el cual la prueba tomada en consideración en el juicio oral se estimó que no incurría en ninguna prohibición de valoración desde la perspectiva constitucional<sup>728</sup>.

Este también fue el caso de la STC 136/2006, de 8 de mayo (RTC 2006/136), que pese a estimar vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones, declara la autonomía de la prueba de la confesión de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia letrada son garantías que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de la confesión puede ser valorado siempre como prueba válida<sup>729</sup>.

---

<sup>728</sup> En la misma línea se pronunció la S.T.C. 26/2006, de 30 de enero (RTC 2006/26), en cuyo supuesto “detención de los recurrentes trae causa de las tareas de vigilancia a la que estaban sometidos desde días antes. Es, en efecto, dicho dispositivo el que provoca la detención de diversas personas y la incautación de una importante cantidad de droga, por lo que no existe conexión alguna entre las intervenciones que carecen de cobertura judicial y las principales pruebas de cargo” (F.J. 11º).

<sup>729</sup> Las declaraciones del imputado fueron estimadas válidas al razonar: “La libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental”.

A mi modo de ver, el motivo fundamental por el que el T.C. sostiene la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras es porque considera las pruebas derivadas constitucionalmente legítimas pues ellas no se han obtenido mediante la vulneración de ningún derecho fundamental, por lo que estima que su incorporación al proceso no puede entenderse que implique lesión del derecho a un proceso con todas las garantías. En síntesis, para que las pruebas derivadas puedan quedar afectadas por la prohibición constitucional de valoración de pruebas ilícitas es preciso que la ilegitimidad de las pruebas originales se transmita a las derivadas<sup>730</sup>.

### **3.5) El Sistema Integral de Interceptación de Comunicaciones (SITEL)**

Una de las cuestiones que probablemente mayor controversia ha suscitado ha sido la validez o no de la utilización de la tecnología SITEL (Sistema Integrado de Interceptación de Comunicaciones), como sistema de escuchas, y en consecuencia, si la prueba derivada de dicho sistema debía entenderse como ilegalmente obtenida.

El SITEL que se halla regulado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo por el cual se aprobó el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, es un sistema automatizado de interceptación por ordenador, cuyo servidor está en la Dirección

---

<sup>730</sup> Efectivamente la doctrina constitucional estima que es lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, F.J. 5º y STC 81/1998, F.J. 4º).

General de la Guardia Civil y al que sólo acceden mediante clave los usuarios autorizados. Permite conocer la fecha, la hora y duración de las llamadas, el identificador del código internacional de abonado, el número de móvil afectado por la intervención, distribución de llamadas, información de mensajes, etc. También verifica el repetidor activado y su mapa de situación y el teléfono y la identidad del que llama al número intervenido.

El sistema de funcionamiento de SITEL, dicho sea en síntesis, es el siguiente: solicitada la intervención de la comunicación y autorizada ésta por el Juez, la Operadora de telefonía afectada inicia el envío de información al Servidor Central. Dicho Servidor Central lleva a cabo el almacenamiento, realizándose el acceso a la información por parte de personal autorizado con código identificador de usuario. Realizada la supervisión del contenido, se confeccionan las correspondientes diligencias de informe para la Autoridad Judicial, entregándosele toda la información recabada en formato DVD, la cual constituye la única versión original.

En suma, se trata de un avanzado dispositivo que ha venido a sustituir al pinchado de la clavija en la central, las audiciones personales a cargo de los agentes policiales, la grabación en los viejos magnetofones UHER, la transcripción de la conversación y la remisión de todo ello al Juzgado. No obstante y ello, dicho sistema no es perfecto y no ha estado exento de críticas, siendo un buen ejemplo de ello, las alegaciones del Partido Popular sobre una posible ilegalidad del referido sistema y supuesto espionaje por parte del Gobierno, encaminadas a solicitar la nulidad de las actuaciones instruidas por la trama de corrupción Gürtel, en la que se hallarían implicados destacados miembros del Partido.

Lo cierto es que la validez del sistema SITEL ha sido reiteradamente sostenida por el T.S. – hay nueve sentencias que así lo avalan<sup>731</sup>- habiéndose dictado la última de las resoluciones el día 5 de

---

<sup>731</sup> Los pronunciamientos previos son los siguientes: La primera sentencia es de fecha 05.02.2008 (RJ 2008/591) si bien es la única dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la cual rechazó un recurso de una Asociación de Internautas. Ésta cuestionaba que SITEL no estuviese regulado por Ley Orgánica y el TS declaró que con independencia de que la regulación contenida en la LECrim sea susceptible de reforma y mejora, lo cierto es que son Leyes Orgánicas (art. 579 LECrim y L.O. 2/2002, de 6 de mayo Reguladora del Control Judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia) e interpretadas por los órganos jurisdiccionales españoles conforme a la Constitución y a los tratados internacionales suscritos por España, las que regulan las garantías necesarias para legitimar la injerencia de los poderes públicos en el secreto de las comunicaciones. La sentencia dice que los *pinchazos* los cubre la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que la reserva de Ley Orgánica a la que obliga la Constitución “no tiene por qué extenderse a todas y cada una de las cuestiones accesorias o instrumentales relacionadas con las interceptaciones” (F.J. 6º). El resto de sentencias fueron dictadas por la Sala de lo Penal, y el 19.12.2008 (RJ 2009/2021) el Tribunal desestimó el recurso en el que se denunciaba la violación del derecho a la intimidad ya que declaró que SITEL sólo permite conocer la antena o poste repetidor más cercano al teléfono intervenido pero en modo alguno permite saber la ubicación exacta del investigado.

La posterior sentencia es de fecha 12.03.2009 (RJ 2009/1783), la cual desestimó el recurso interpuesto por unos condenados por drogas que habían sido escuchados mediante SITEL porque “la actuación del Juzgado de Instrucción en cuanto se refiere a las intervenciones telefónicas decretadas en esta causa está ajustada a Derecho” (F.J. 4º). Al día siguiente, esto es, en fecha 13.03.2009 (RJ 2009/2821), los magistrados tras analizar a fondo cómo funciona SITEL subrayaron que es “una implementación cuya titularidad ostenta el Ministerio del Interior” y puntualizaron que su desarrollo “responde a la necesidad de articular un mecanismo moderno, automatizado, simplificador y garantista para las escuchas” (F.J. 1º apartado sexto).

En fecha 23.03.2009 (RJ 2009/4708) se dictó sentencia que ratificó el criterio ya expuesto en la sentencia de 13.03.2009 y razonó que lo que realmente importa, una vez el contenido de las conversaciones ha quedado incorporado al proceso para que sea posible su utilización como medio de prueba, es si se respetaron o no todas las garantías del art. 24.2 C.E. en el momento tanto de su obtención como de su incorporación a las actuaciones, concluyendo que efectivamente así había sido. Asimismo sobre la admisibilidad del sistema SITEL declaró con expresa remisión de la sentencia de 05.02.2008 (RJ 2008/591) dictada por la Sala Contenciosa-Administrativa, que lo único que ha sucedido es que “ha venido a sustituir a las anteriores audiciones personales e individualizadas que realizaban los correspondientes agentes policiales” (F.J. 2º).

Por su parte, en la STS de 29.06.2009 (Sentencia nº 756/2009) se pretendía tumbar una condena porque se habían captado los números de identificación de la tarjeta telefónica mediante SITEL. El Supremo concluyó que ello no vulnera derecho alguno, porque dichos números “no permiten conocer la identidad de los comunicantes, ni la titularidad del teléfono móvil” ni dato alguno “susceptible de protección por la vía del derecho al secreto de las comunicaciones” (F.J. 13º).

noviembre de 2009 (sentencia núm. 1.078/2009), la cual tras remitirse a sus propias sentencias de 06.06.2009 y 05.02.2008, subraya que SITEL “es preferible a los modos de intervención anteriores a su implantación”, la cual será seguidamente comentada.

Sin embargo, atendida la escasa e insuficiente regulación de la intervención de las comunicaciones contenida en el art. 579 de la L.E.Crim., el Gobierno trabaja desde hace meses en la reforma de la regulación de la intervención de las comunicaciones telefónicas para adaptarla así a las nuevas tecnologías como Internet, correos electrónicos, teléfonos móviles y las que puedan surgir en el futuro.

Bajo mi punto de vista, el problema no reside tanto en SITEL, si bien sería claramente mejorable, sino en la observancia y concurrencia de todos los requisitos en la autorización judicial para utilizarlo. La referida STS de 05.11.2009 debe resolver sobre la invocada infracción del derecho al secreto de las comunicaciones y supuesta nulidad de la prueba por haber sido ilegalmente obtenida (se interceptaron las comunicaciones telefónicas a través del sistema SITEL) por los

---

En la STS de 06.07.2009 (Sentencia nº 737/2009 en el recurso nº 10706/2008) el recurrente pretendía anular la causa porque se había mandado al Juez el CD que graba las conversaciones en el SITEL en lugar de las viejas cintas magnetofónicas. El Supremo afirma que eso ya no es necesario porque “hoy día la intervención con el sistema SITEL, la grabación es automática”. Además dicha sentencia sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico existe ya una sólida y consolidada jurisprudencia así como cuerpo doctrinal sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación que completa la escasa regulación del art. 579 de la LECrim.

La STS de 30.09.2009 (Sentencia nº 952/2009, recurso nº 10.516/2009) estudia las alegaciones del recurrente en el sentido de que SITEL había capturado mensajes remitidos por teléfonos móviles y que según el recurrente el Juez “a quo” no había controlado la autenticidad de las grabaciones. El Alto Tribunal consideró que las escuchas se ajustaron a Derecho.

Finalmente en su STS de 05.11.2009 (Sentencia nº 1078/2009, recurso nº 419/2009), el Supremo tras remitirse a sus propias sentencias de 6 de junio pasado y de 05.0.2008 ya comentadas, subrayó que SITEL es “preferible a los modos de intervención anteriores a su implantación”.

recurrentes que fueron condenados por la Audiencia Provincial de Orense por un delito contra la salud pública.

Dicha resolución examina si la resolución judicial que acuerda las escuchas está justificada<sup>732</sup>: es decir, si “hubo indicios de un hecho delictivo grave”, si esos indicios son “más que simples sospechas”, si se fundan en “datos objetivos” y si las personas a escuchar tienen conexión con los hechos investigados. También hay que determinar en qué momento los datos de esas investigaciones se pusieron de manifiesto y comprobar que no se trata simplemente de “una investigación prospectiva” para satisfacer “la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos”. Debe concretarse además el delito que se investiga, los teléfonos a intervenir, el plazo de intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en que debe darse cuenta al Juez de los resultados<sup>733</sup>.

El Alto Tribunal estima que en el caso enjuiciado se dio cuenta de “investigaciones previas muy concretas” de los movimientos de uno de los recurrentes, que recorría bares y a cuyo vehículo subían jóvenes que a los pocos metros volvían a bajar, por lo que el inferir que esos contactos eran previamente concertados por teléfono y tenían por objeto transacciones de droga, satisface según el Tribunal “plenamente el canon de razonabilidad” de existencia de indicios que justificaran la adopción de la medida de intervención telefónica.

---

<sup>732</sup> El primero de los motivos denunciados era ausencia de motivación del Auto por cuya virtud se autorizó la intervención telefónica.

<sup>733</sup> Especialmente interesante es el F.J. 8º de la sentencia que rechaza el motivo que pretendía la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal “a quo” por la inadmisión de una prueba pericial en su día propuesta sobre “la naturaleza, alcance y efectos del sistema de interceptación de comunicaciones conocido como SITEL”. El recurrente afirmaba que dicho sistema es inconstitucional y se quejaba de la deficiencia en el rango normativo regulador de las intervenciones telefónicas en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, la sentencia se remite a la resolución de 06.07.2009<sup>734</sup> (Sentencia nº 737/2009) en la que se hizo especial hincapié al Auto del TEDH de 25.09.2006 dictado en el caso Abdulkadir Cobar contra España en el que modificándose el criterio anterior, se estimó que el art. 579 de la LECrim -tantas veces criticado- complementado con la doctrina de dicha Sala y del Tribunal Constitucional sí que permite el eficaz control judicial necesario en una sociedad democrática de conformidad con la exigencia del art. 8 del CEDH.

---

<sup>734</sup> Dicha sentencia en su F.J. 4º cuando se pronunció sobre la validez de las intervenciones telefónicas acordadas declaró: “Esta Sala Casacional tiene ya un sólido y coherente cuerpo doctrinal, sobre el protocolo a seguir cuando se solicita la intervención telefónica como medio excepcional de investigación, que completa la raquítica e insuficiente regulación legal contenida en el art. 579 LECriminal que ha sido censurada en varias SSTEDH entre otras, en la de 18 de Febrero de 2003 (TEDH 2003, 6) -- Prado Bugallo vs. España--, aunque justo es reconocer que en el reciente auto de inadmisión, del mismo Tribunal, de 25 de Septiembre de 2006, caso Abdulkadir Coban vs. España, modificó el criterio expuesto en el sentido de que el art. 579 LECriminal complementado con la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional permite el eficaz control judicial necesario en una Sociedad Democrática desde la exigencia del art. 8 del Convenio Europeo (LCEur 1994, 849)”.



## **CONCLUSIONES**

---

## II. CONCLUSIONES .-

I. La intervención telefónica puede practicarse respecto de cualquier medio de comunicación que suponga la utilización de un soporte o artificio técnico e implique un canal cerrado. Se incluyen tanto todos los medios existentes actualmente como los que puedan aparecer en el futuro consecuencia del progreso tecnológico, debiéndose respetar en la intervención de tales medios las mismas garantías que las previstas para la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

II. La autorización de una medida de intervención telefónica, atendida su naturaleza, debe concederse de forma restrictiva y el Auto judicial que la autorice debe ser motivado, proporcional y específico.

Especial atención debe prestarse a tres requisitos:

- a) Al deber de motivación, ya que el conocimiento de los razonamientos que autoricen la injerencia será fundamental para que el sujeto afectado pueda impugnar dicha resolución si lo estima pertinente.
- b) Al principio de proporcionalidad, a fin de poder ponderar si la restricción del derecho fundamental en beneficio del interés público debe primar o no sobre el interés del titular del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.
- c) Al control judicial que debe observarse tanto en el momento inicial de autorización de la medida, como en la fase de

ejecución y en el control posterior al cese de la medida, lo cual se traduce en la necesidad su notificación una vez finalizada, a fin de que el afectado pueda recurrirla y ejercer con ello su derecho de defensa.

III. Del análisis relativo a la problemática de la grabación de las conversaciones propias, se deducen dos importantes conclusiones: la primera que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18. 3 de la C.E.; y, la segunda, que el hecho de que uno de los interlocutores grabe la conversación que está manteniendo, sin conocimiento de la otra persona, no incurre de forma concluyente en una vulneración del derecho previsto en el art. 18.3 de la C.E..

Así, entiendo que, no siempre, se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 18.3 de la C.E. por la aportación a la causa como medio de prueba de la grabación de una conversación mantenida con otra persona, toda vez que la protección del derecho al secreto de las comunicaciones lo es, únicamente, frente a terceros, si bien deberá someterse dicho proceso a un estricto control de contradicción, inmediación y publicidad en el juicio oral, debiéndose prestar especial atención a las circunstancias en que la conversación fue captada y si de la misma se puede deducir la intención o la provocación de uno de los sujetos participantes para obtener unas determinadas declaraciones o manifestaciones de algún partícipe, puesto que en tal caso habría de plantearse su ilicitud originaria. La razón de ello (de no reputar ilícita –en todo caso- la grabación de las

conversaciones propias) reside en que se hacen públicas a un tercero determinadas manifestaciones, esto es, que se emiten libremente y no son interferidas ilícitamente alguien ajeno a las mismas.

IV. La posibilidad de grabar las conversaciones propias a fin de aportarlas al proceso tiene un claro límite que en modo alguno puede ser obviado: la prohibición de grabarlas como forma de conseguir una prueba anticipada de confesión del autor de un determinado delito. En mi opinión, se vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.1 C.E.) del sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica cuando intervienen los poderes públicos (a través de agentes encubiertos) y recurren al engaño a fin de obtener una declaración autoinculpatoria del mismo. En consecuencia la prueba que se obtenga de dicha práctica debe reputarse ilícita y apartada del proceso conforme a lo dispuesto en el art. 11.1 de la L.O.P.J.

V. En cuanto a la inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor, podemos concluir que el acuerdo y aplicación de la medida de injerencia de los contactos mantenidos entre el cliente y su defensor ha de entenderse ilegítima desde el punto de vista constitucional por necesidad de preservar el derecho de defensa y, en consecuencia, toda información obtenida como resultado de ello constituye una fuente de prueba ilícitamente obtenida y, por ende, carente de eficacia probatoria. El secreto profesional del Abogado se presenta como uno de los límites de las medidas de intervención telefónicas pero no por efecto directo del secreto formal del art. 18.3 de la C.E. sino derivado del art. 24.2 de la C.E. y de sus

normas de desarrollo (arts. 437.2 L.O.P.J. y arts. 263 y 416.2 de la L.E.Crim.).

VI. No obstante, cabe una excepción a lo anterior: cuando el Abogado reúne también la condición de imputado, si bien entiendo necesaria una reforma urgente de la legislación vigente que guarda absoluto silencio sobre esta delicada cuestión. Bajo mi punto de vista la norma procesal debería prever ciertas cautelas o garantías como, por ejemplo el refuerzo de la exigencia de indicios de criminalidad en la conducta atribuida al Abogado, a fin de preservar los intereses de defensa que pudieran verse perjudicados y al mismo tiempo exigir una amplia y detallada motivación de la resolución que acordara la intromisión del derecho a la comunicación, con especificación de las circunstancias que hacen necesario el levantamiento del secreto, en aras a la averiguación y persecución del delito.

VII. En cuanto a los hallazgos casuales, lamentablemente no existen criterios precisos de *lege lata* para delimitar la distinción entre la captación ocasional de una conversación telefónica mantenida por una tercera persona ajena a la investigación- la cual se halla salvaguardada por la autorización habilitante- y el descubrimiento de la intervención de una nueva persona en un ilícito que precisa de una nueva autorización judicial, por lo que, según mi parecer, habrá que estar al examen de las circunstancias del caso concreto, sin olvidar que la actuación judicial deberá aplicar rigurosamente el principio de proporcionalidad.

VIII. Considerando la deficiente regulación de las intervenciones telefónicas en la L.E.Crim., se impone una interpretación restrictiva sobre la posible utilización de los descubrimientos casuales obtenidos en virtud de una intervención telefónica legítimamente autorizada y ejecutada en un proceso penal determinado. No obstante, entiendo que es válida y legítima la obtención de una *notitia criminis* en el marco de una intervención telefónica que tenía otro objeto si se ha dado inmediatamente cuenta de ello al Juez de Instrucción. Por ello, a priori, no se vulnera el principio de especialidad y no deben reputarse nulas las escuchas telefónicas debidamente autorizadas que posibilitan una condena por un delito distinto al inicialmente siempre que se hayan respetado las garantías constitucionalmente exigidas.

IX. Especial relevancia presentan los hallazgos casuales en el marco de las diligencias de entrada y registro debido, a mi juicio, al difícil equilibrio entre el derecho a la intimidad y las exigencias de justicia material. Diligencias en las que la flagrancia delictiva juega un papel completamente distinto al de las medidas de intervención telefónica. En las diligencias de entrada y registro, los descubrimientos de pruebas de otros posibles delitos no implica que queden excluidos *per se* de la autorización judicial, toda vez que se entiende que tales descubrimientos se instalan en la nota de flagrancia característica de la propia diligencia de entrada y registro.

X. En cuanto a la compleja problemática relativa a la prueba ilícitamente obtenida, entiendo que únicamente debe calificarse de prueba ilícita la obtenida o practicada con violación de derechos

fundamentales (arts. 14 a 29 C.E.), mientras que la prueba irregular supone la vulneración de una norma de rango no constitucional. Así, la prohibición de toda eficacia probatoria del art. 11.1 de la L.O.P.J. únicamente alcanza a la prueba que haya violentado los derechos o libertades fundamentales del justiciable, habiéndose establecido un régimen jurídico más laxo para las pruebas irregulares que es el contenido en los arts. 238 y ss. de la L.O.P.J., donde se prevé la posibilidad de subsanación de los vicios y la conservación de los actos no afectados por la nulidad.

XI. En materia de prueba destacan, a mi parecer, dos pronunciamientos que han sido fundamentales para conocer el canon de interpretación de validez de las pruebas. El primero de ellos es la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que supuso el origen de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas y que dio lugar al art. 11.1 de la L.O.P.J. y, por lo tanto, a su absoluta prohibición en beneficio del derecho a la presunción de inocencia. El segundo pronunciamiento es la STC 81/1998, de 2 de abril, que marcó, sin duda, un antes y un después en nuestro sistema procesal penal. Resolución que consolida una nueva línea jurisprudencial al abogar por la expulsión de las pruebas que tienen una relación directa con la obtenida con violación de un derecho fundamental.

XII. El criterio de la conexión de antijuricidad es el que debe seguirse para definir las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de nulidad de una determinada intervención telefónica, así como para dilucidar el alcance que pueda tener la prueba ilícita sobre otras pruebas de cargo directa o indirectamente relacionadas

entre sí en vínculo de consecuencia. A mi parecer, la doctrina de la conexión de antijuricidad supone una importante matización respecto de la teoría de la eficacia refleja, ya que no sólo predica la necesaria observancia de la relación de causalidad sino que impone un especial plus de antijuricidad que concreta de forma más convincente y ponderada el porqué determinadas pruebas deben ser expulsadas del proceso cuando la antijuricidad ínsita en la prueba de la que dimanar no les afecta en todo caso.

XIII. Atendida la deficiente regulación de las intervenciones telefónicas en nuestro sistema jurídico resulta patente, a mi modo de ver, la necesidad de una nueva positivización de los aspectos concretos y de las distintas fases de ésta, para resolver, así, las numerosas dudas y contradicciones que la redacción del art. 579 de la L.E.Crim. ha ocasionado y aún continúa generando. A modo, de ejemplo hay algunos aspectos imprescindibles como la necesidad de definir las modalidades de injerencia adaptadas a los nuevos medios de comunicación que han irrumpido en el mundo de las telecomunicaciones, la delimitación objetiva de los supuestos en que la injerencia es procedente en atención a la gravedad de las penas, el control judicial del desarrollo de la medida dentro de los límites de la proporcionalidad, o la admisibilidad o no de los hallazgos casuales, entre muchos otros.



## **BIBLIOGRAFÍA**

---

BIBLIOGRAFÍA

---

- AGUILERA MORALES, Marien: “Para que la entrada y el registro domiciliarios se consideren constitucionalmente legítimos, ¿es necesario el consentimiento del sujeto investigado o basta con el del cotitular del domicilio? Eficacia probatoria de la prueba obtenida con vulneración directa de un derecho fundamental”, *Tribunales de Justicia*, nº 12, diciembre 2003.
  
- ALONSO PÉREZ, Francisco: *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2001.
  
- ASECIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, ed. Trivium. Madrid, 1989.
  
- BARONA VILAR, Silvia: *Seguridad, celeridad y justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
  
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime: “Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal”, *Revista Universitaria de Derecho Penal*, UNED, nº 4 especial, 1990.
  
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho Procesal Civil*, ed. Ramón Areces. Madrid, 2000.
  
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, Libro Homenaje al profesor Dr. D. Eduardo Font Serra, *Ministerio de Justicia*, Madrid, 2004.
  
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Angel: *La prueba ilícita en el proceso penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.
  
- DÍAZ CABIALE, José Antonio: “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992.
  
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ed. Civitas, Madrid, 2001.
  
- DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: “¿Es proyectable el art. 11.1 LOPJ a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?”, ed. *La Ley*, núm. 445, de 24 de diciembre de 1997.

- DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos: “Derechos fundamentales de los reclusos en el procedimiento disciplinario penitenciario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. IV, Parte Estudio, 1998.
- ECHARRI CASI, Fermín Javier: “Prueba ilícita: conexión de antijuricidad y hallazgos casuales”, *Revista Poder Judicial*, nº 69, 2003.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Iurgium, Barcelona, 2000.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: “Prueba ilegítimamente obtenida”, ed. *La Ley*, 1990, I.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: La prueba en el proceso penal II (coordinado por Joaquín Delgado García). “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilícitamente obtenida”, *Cuadernos de Derecho Judicial IX*, 1996.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, Gonzalo: “El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 32, diciembre 1993.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. en AA VV: ed. Atelier. Barcelona, 2001.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos: *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- GALANTINI, N: *L’Inutilizzabilità della prova nel processo penale*, ed. Cedam, Padova, 1992.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Normas y Jurisprudencia (TEDH, TC, TS, TSJ y AP) en los ámbitos penal, civil, contencioso-administrativo y social*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.
- GALVEZ MUÑOZ, Luis: “Tribunal Constitucional, inviolabilidad del domicilio y regla de exclusión de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. Nuevas reglas sobre viejos temas. A propósito de la STC 22/2003, de 10 de febrero”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 11/2003 (Estudio)*, ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2003.

- GARCIA MARTÍN MONTERO: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Volumen I, Aranzadi. Pamplona, 2001.
- GARCÍA MOSTAZO, Nacho: *Libertad vigilada*, Ediciones B, Barcelona, 2003.
- GARCÍA VALTUEÑA, Eduardo: “El Auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal”, *La restricción de los Derechos Fundamentales de la persona*, CDJ, CGPJ, 1993.
- GARRIDO FALLA, Fernando: *Comentarios a la Constitución Española*, editorial Civitas, 3ª edición, Madrid, 2001.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos: “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de la restricción de los Derechos Fundamentales”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2003, editorial Aranzadi.
- GIMÉNEZ PERICAS, Antonio: “Sobre la prueba ilícitamente obtenida” en AA.VV. *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.
- GIMENO SENDRA, Vicente y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ: *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, Tomo IV, ed. Bosch, Barcelona, 1ª edición, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Colex, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, Vicente: “La intervención de las comunicaciones”, *Diario La Ley*, nº 7192, Sección Doctrina, 9 de junio de 2009.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La evolución de las teorías sobre la prueba prohibida aplicadas en el proceso penal español: del expansionismo sin límites al más puro reduccionismo. Una meditación sobre su desarrollo futuro inmediato», GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (coord.), *Prueba y proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Ed. Bosch, Barcelona, 1985.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María: “El Proceso Penal Español y la Prueba Ilícita”, *Revista de Derecho*, vol. 18, núm. 2, 2005, págs. 187-211.

- GONZÁLEZ MONTES, José Luis: “Nuevas reflexiones en torno a la prueba ilícita”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis: “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1990, núm. 1.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: *La interpretación de la Constitución Española por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, ed. Thomson Civitas, 2005, Navarra.
- GOYENA HUERTA, Jaime: “Derecho a la intimidad: La grabación de las propias conversaciones. La identificación del sospechoso. La negativa del inculcado a intervenir en las diligencias de identificación. El acceso a las bases de datos personales”. *Estudios del Ministerio Fiscal*, VI, 1997.
- GUARIGLIA, Fabricio: “Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 25, marzo 1996.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael: *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.
- HUERTAS MARTÍN, María Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, J.M<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- ILLUMINATI, Giulio: *La disciplina processuale delle intercettazioni telefoniche*, A. Giuffrè Milano, 1983.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo y PUCHOL AIGUABELLA, Marta, en su artículo: “La cámara oculta frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen (Comentario a la STS, Sala 1<sup>a</sup>, Pleno, 1233/2008, de 16 de enero de 2009)”, *Editorial La Ley*, n<sup>o</sup> 7152, Sección Tribuna, Madrid, 08.04.2009.
- JUANES PECES, Ángel: “La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 81/98 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción de inocencia”, *Actualidad Aranzadi*, núm. 353, 30 julio 1998.
- JUANES PECES, Ángel: “La prueba prohibida. Análisis de la Sentencia 5/1999 del Tribunal Constitucional. Un nuevo enfoque de la presunción

de inocencia”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. II. Parte Estudio, págs. 1.681-1.696, 1999.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, ed. Akal/Iure, Madrid, 1989.

-LÓPEZ-BARAJAS PEREA, INMACULADA: “La prueba ilícitamente obtenida y su eficacia refleja”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 708/2006, ed. Aranzadi, Pamplona, 2006.

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

- “El régimen jurídico de las intervenciones telefónicas en el proceso penal español”, en *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, coordinador ROMEO CASABONA, Carlos María, Granada, 1997.

- LÓPEZ FRAGOSO-ALVÁREZ, Tomás: “Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1993-1994, págs. 81-90.

- LÓPEZ YAGÜES, Verónica: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio: “Información pública y los derechos al honor y a la intimidad”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Parte Estudio, nº 5/2008 (BIB 2008/595), págs. 11-26.

- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio: “Los límites de las libertades de expresión e información en un Estado social y democrático de Derecho”, *Congreso de los Diputados*, Madrid, 2006, págs. 283 y ss.

- MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás: “La llamada prueba ilícita y sus consecuencias procesales”, *Actualidad Penal*, núm. 7, del 16 al 22 de febrero de 1998.

- MARTÍN GARCÍA, Pedro: “Jurisprudencia Crítica I”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 20/2000 (Comentario)*, ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2000.

- MARTÍN MORALES, Ricardo: *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

- MARTÍN PALLÍN, José Antonio: *Escuchas telefónicas (Libro-Homenaje a E. Ruiz Vellido)*, ed. Colex, Madrid, 1999.

- MARTÍN PALLÍN, José Antonio: “Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial VI., Madrid, 1989.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal (a la luz la STC 81/98, de 2 de abril)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación del delito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: La evolución de la doctrina de los “frutos del árbol envenenado” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*, ed. Tirant lo Blanch, 2005.
- MEDINA CEPERO, Juan Ramón: “La prueba ilícita o prohibida” *Repertorio de Jurisprudencia núm. 37/2002*, Ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 2002.
- MEIER, Wolf: *Die Strafprozessuale Verwertbarkeit von Zufallsfunden über Unbeteiligten und die Unbeteiligten Dritten Herrühren bei Abhörmassnahmen nach § 100 a StPO*, H. GmbH Pfullingen, Tübingen, 1988.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, ed. Bosch. Barcelona, 2004, 2ª edición.
- MONTÓN REDONDO, Alberto: Los nuevos medios de prueba y la posibilidad de su uso en el proceso, ed. Salamanca, Departamento de Derecho Procesal de la Universidad, 1997.
- MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e intimidad*, ed. Destino, Barcelona, 1984.
- MORENO CATENA, V. y otros, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 2ª edición, Colex, Madrid, 1997.
- MUERZA ESPARZA, Julio José: “Sobre el efecto de la prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales ¿Una nueva interpretación? (Comentario a la STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Volumen IV, Parte Estudio, Pamplona, 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal*, Parte Especial, 12ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier en su interesante artículo: “¿Se vulnera el art. 18.3 C.E. cuando no se notifica al Ministerio Fiscal el auto que acuerda una intervención telefónica?”, *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 20/2007, ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio: “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, *Revista de Ministerio Fiscal*, núm.1, enero-junio de 1995.
- ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, Proceso Penal, con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO, ed. J. M<sup>a</sup> Bosch, Barcelona, 1991.
- PASTOR BORGONÓN, Blanca: “Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitas”, *Justicia*, 1986, núm. 2.
- PASTOR BORGONÓN: “La prueba ilegalmente obtenida” en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1993.
- PAZ RUBIO, José Maria, MENDOZA MUÑOZ, Julio, OLLE SESÉ, Manuel y RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa María: *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Ed. Colex, 1999.
- PÉREZ CEBADERA, María Ángeles: “La reacción procesal penal en USA tras el 11 de septiembre”, *Tribunales de Justicia, Revista española de derecho procesal*, noviembre 2002.
- PICÓ JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- PULIDO QUECEDO, Manuel “Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* 6/1998, Pamplona, 1998.
- PULIDO QUECEDO, Manuel “El programa SITEL y las escuchas de las comunicaciones. Apunte de la Sentencia (2<sup>a</sup>), de 5 de noviembre de 2009, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2009, parte Tribuna, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director) y MORALES PRATS, Fermín: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3<sup>a</sup> edición, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- RAMOS RUBIO, Carlos: “La prueba ilícita y su eficacia en la jurisprudencia” en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada, núm. 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.



- REBOLLO VARGAS, Rafael, “Título X: Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio” en *Comentarios al Código Penal* (CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes), Parte Especial, Tomo I, ed. Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, ed. Bosch, Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: “Las intervenciones telefónicas y el derecho a la intimidad”, *Diario la Ley*, nº 7201, Sección Tribuna, 2 de junio de 2009.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, ed. Bosch, Barcelona, 2002.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La intervención judicial de las comunicaciones del concursado*, ed. Bosch, Barcelona, 2004.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida*, ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: “El tercero frente a la Intervención Judicial de las comunicaciones telefónicas”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 2/2005*, ed. Aranzadi, Pamplona 2005.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis y otros: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Colex, 9ª edición, Madrid, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “Intervenciones telefónicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal*, 1992.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca: *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998.
- RUBIO SÁNCHEZ, Francisco: “Validez procesal de la grabación de una conversación telefónica privada (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de enero de 2006 (AS 2006/928)”, *Repertorio Aranzadi Social núm. 6/2006*, Pamplona 2006.
- RUÍZ VADILLO, Enrique: “La actividad probatoria en el proceso penal español” en AA.VV. *La prueba en el proceso penal*, Colección Cursos, vol. 12, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

- SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos y ALCABAR LÓPEZ, José Luis: "El derecho a la prueba", *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983.
  
- SCHUMACHER, Karlheinz: *Die Überwachung des Fernmeldverkehrs im Strafverfahren, difo-druck*. Hamburg, 1976.
  
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "El derecho a la prueba en el proceso civil español", Libro homenaje a Jaime Guasp, ed. Comares. Granada, 1984.
  
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVI, vol. 2º, dirigidos por Manuel ALBADALEJO, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
  
- SILVA MELERO, Valentín, *La prueba procesal*, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
  
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: "Comentario al artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Nulidad de pleno derecho", *Ed. Aranzadi*, Pamplona, 2001.
  
- URBANO CASTRILLO, Eduardo de y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La Prueba Ilícita Penal*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
  
- VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis y MARTÍN MARTÍN, Gervasio: "De la nulidad de los actos judiciales (1ª parte)", *ed. Aranzadi*, Pamplona, 2008.
  
- VELASCO NUÑEZ, Eloy: "Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema", *Actualidad Penal*, núm. 18/3, 9 mayo 1993.
  
- VELASCO NUÑEZ, Eloy en "Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del fruto del árbol envenenado: Correcciones actuales y tendencias de futuro", dentro de la obra *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 12, Madrid, 1996.
  
- VELASCO NUÑEZ, Eloy: "Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en la prueba ilícita (EE.UU. y España)", *Revista General del Derecho*, núm. 624, Valencia, 1996.
  
- YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro: "Comentarios a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18-2-2003", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* nº 6/2003, Pamplona, 2003.

## **RELACIÓN JURISPRUDENCIAL**

---

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA ANALIZADA .-

1ª) Sobre la validez de las escuchas telefónicas acordadas con anterioridad a la reforma de la L.E.Crim. por virtud de la L.O. 4/1988, de 25 de mayo:

\*S.T.S. 2ª, de 05.02.1988 (RJ 1998/857).

\*S.T.S. 2ª, de 05.10.1990 (RJ 1990/7680).

Confróntese con: S.T.E.D.H. de 30.07.1998 caso Valenzuela Contreras (T.E.D.H. 1998/31) así como la S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril, (RTC 1999/49).

2ª) Crítica a la regulación normativa actual en nuestro Ordenamiento jurídico:

\*S.T.S. 2ª, de 15.04.1999 (RJ 1999/1670).

\*S.T.S., 2ª, de 12.07.2005 (RJ 2005/6773).

\*S.T.S., 2ª, de 28.06.2005, (RJ 2005/6772).

\*S.T.E.D.H. de 18.02.2003 caso Prado Burgallo vs España (T.E.D.H. 2003/6).

\*S.T.C. 184/2003, de 23 de octubre, Pleno (RTC 2003/184).

3ª) Sobre el concepto de “secreto”:

\*S.T.S. de 25.09.2003 (RJ 2003/6376).

\*S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114).

\*S.T.E.D.H. de 02.08.1984, caso Malone contra el Reino Unido (T.E.D.H. 1984/1).

\*S.T.C. 34/1996, 2ª, de 11 de marzo, (RTC 1996/34).

\*S.T.C. 70/2002, de 3 de abril, 1ª, (RTC 2002/70).

\*S.T.C. 56/2003, Sala 2ª, de 24 de marzo, (RTC 2003/56).

4ª) Sobre el concepto de intervención telefónica:

\*Línea jurisprudencial que emana de la S.T.S. 2ª, de 31.10.1994 (RJ 1994/9076).

\*S.S.T.S., 2ª, de 08.02.1997 (RJ 1997/888); 26.05.1997 (RJ 1997/4133); 02.12.1997 (RJ 1997/8762) y 22.04.1998 (RJ 1998/3811).

5ª) Sobre la doble naturaleza de las intervenciones telefónicas:

\*S.T.S., 2ª, de 11.10.1994 (RJ 1994/8170).

\*S.T.S., 2ª, de 17.11.1994 (RJ 1994/9276).

\*S.T.S., 2ª, de 24.03.1999 (RJ 1999/2052).

\*S.T.S., 2ª, de 06.11.2000 (RJ 2000/8929).

\*S.T.S., 2ª, de 28.06.2005 (RJ 2005/6772).

\*S.T.S., 2ª, de 16.12.2005 (RJ 2005/856).

6ª) Sobre las personas titulares del derecho al secreto a las comunicaciones telefónicas:

- \*S.T.S., 2ª, de 20.02.1995 (RJ 1995/1201).
- \*S.S.T.S., 2ª, de 02.12.1997 y 22.04.1998 (RJ 1997/8762 y RJ 1998/3811).
- \*S.S.T.S., 2ª, de 31.10.1994 (RJ 1994/9076).
- \*S.T.C. nº 64/1988, de 12 de abril (RTC 1988/64).

7ª) Sobre la relación de sujeción especial entre la Administración Penitenciaria y los internos:

- \*S.T.C. 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990/120).
- \*S.T.C. 170/1996, de 29 de octubre (RTC 1996/170).
- \*S.T.C. 175/1997, 2ª, de 27 de octubre (RTC 1997/175).

8ª) Sobre la relevancia del consentimiento:

- \*S.T.C. 123/2002, de 20 de mayo, Sala 1ª (RTC 2002/123).
- \*S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo, Sala 2ª (RTC 2003/56).

9ª) Sobre el bien jurídico protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones:

- \*S.T.S., 2ª, de 20.02.1999 (RJ 1999/512).
- \*S.T.C. 34/1996, de 11 de marzo, 2ª (RTC 1996/34).
- \*S.T.C., 1ª, nº 70/2002, de 3 de abril (RTC 2002/70).

10ª) Sobre los requisitos exigibles para la validez de las escuchas telefónicas.

- Con carácter general:

- \*A.T.S., 2ª, de 18.06.1992 (RJ 1992/6102).
- \*S.T.S., 2ª, de 11.05.1998 (RJ 1998/4356).
- \*S.T.S., 2ª, de 23.06.1999 (RJ 1999/5844).
- \*S.T.S. de 06.11.2000 (RJ 2000/8929).
- \*S.T.S. de 14.01.2002, 2a (RJ 2002/1189).
- \*S.T.S., 2a, 09.03.2007 (RJ 2007/1929).
- \*S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre (RTC 2005/259), y S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio (RTC 2006/219).

a) Exclusividad jurisdiccional y procedimiento legalmente establecido:

- \*S.T.S., 2a de 12.04.1997 (RJ 1997/2817).
- \*S.T.S., 2ª, de 27.12.2001 (RJ 2002/1561).
- \*S.T.S., 2ª, de 09.03.2007 (RJ 2007/1929).
- \*S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126).
- \*S.T.C. 14/2001 de 29 de enero (RTC 2001/14).

\*S.T.C. 17/2001, de 29 de enero (RTC 2001/17).

\*S.T.C. 259/2005, 1a, de 24 de octubre, y la S.T.C. 219/2006, 1a, de 3 de julio (RTC 2005/259 y RTC 2006/219).

- Sobre el procedimiento legalmente establecido:

\*S.S.T.S., 2a, de 28.09.1998 (RJ 1998/7368).

\*S.S.T.S., 2a, 16.02.1998 y de 01.02.2002 (RJ 1998/1734 y RJ 2002/1588).

b) Existencia de indicios delictivos:

\*S.T.S. de 16.06.2004 (RJ 2004/4797).

\*S.T.S. de 16.11.2006 (RJ 2007/44).

\*S.T.S., 2ª, de 09.03.2007 (RJ 2007/1929).

\*S.T.C. 49/1999, Pleno, de 5 de abril (RTC 1999/49).

\*S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre (RTC 2001/202).

\*S.T.C. 184/2003, de 23 de octubre, Pleno (RTC 2003/184).

\*S.T.C. 165/2005, de 20 de junio (RTC 2005/165).

\*S.T.C. 209/2007, de 9 de marzo (RTC 2007/209).

c) Principio de proporcionalidad y subprincipios que lo integran:

\*S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre, 1a (RTC 1999/166).

\*S.T.C. 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123).

\*S.T.C. 207/1996, 1ª, de 16 de diciembre (RTC 1996/207).

\*S.T.C. 14/2001, de 29 de enero (RTC 2001/14).

\*S.T.C. 202/2001, de 15 de octubre (RTC 2001/202).

- Sobre el principio de especialidad:

\*S.T.S., 2ª, de 27.11.2000 (RJ 2000/9525).

\*S.T.S., 2ª, de 27.02.2007 (RJ 2007/2529).

\*S.T.S., 2a, de 09.04.2007 (RJ 2007/2258).

d) Sobre los delitos que justifican una medida de intervención telefónica:

\*A.T.S. 18.06.1992 (RJ 1992/6102).

\*S.T.S. de 23.11.1998 (RJ 1998/9198).

\*S.T.S., 2ª, de 09.03.2007 (RJ 2007/1929).

\*S.T.S., 2ª, 09.04.2007 (RJ 2007/2258).

e) Deber de motivación:

\*S.S.T.S., cabe citar las de 04.07.2003, de 29.04.2004 y de 03.02.2006 (RJ 2003/6738); (RJ 2004/3705); (RJ 2006/441).

\*S.T.S., 2a, de 27.02.2007 (RJ 2007/2529).

\*S.T.C. 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123)

\*S.T.C. 126/2000, de 16 de mayo (RTC 2000/126).

## f) Control judicial:

- \*S.T.S., 2ª, de 12.12.2000 (RJ 2000/9755).
- \*S.T.S., 2ª, de 02.12.2005, 2ª (RJ 2005/ 10189).
- \*S.T.C. 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999/49).
- \*S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166).
- \*S.T.C. 259/2005, 1ª, de 24 de octubre, y S.T.C. 146/2006, de 8 de mayo, (RTC 2005/259 y RTC 2006/146).

## 11ª) Sobre la grabación de las conversaciones propias:

## - En el ámbito penal:

- \* S.T.S. de 09.06.2001 (RJ 2001/4603)
- \* S.T.S., de 11.03.2002 (RJ 2003/2741).
- \* S.T.S., de 29.07.1998 (RJ 1998/5855).
- \* S.T.S., 2ª, de 06.06.2005 (RJ 2005/8196).
- \* S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114).
- \* S.T.E.D.H. de 25.09.2001 (TEDH 2001/552).

## - En el ámbito civil:

- \* S.T.S. de 16.01.2009 (RJ 2009/419).
- \* S.A.P. Madrid, 9ª, de 06.06.2006 (AC 2006/1914).
- \* S.A.P. Navarra, 3ª, de 11.01.2004 (AC 2005/342).

## 12ª) Límites a la grabación de las conversaciones propias:

- \* S.T.S., 2ª, de 09.11.2001 (RJ 2001/9695).
- \* S.T.S., 20.02.2006 (RJ 2006/2151).
- \* STC 18/2005, de 1 de febrero (RTC 2005/18).
- \* S.T.C. 56/2003, de 24 de marzo (RTC 2003/56).
- \* S.T.E.D.H. de 08.04.2004, caso Weh contra Austria.

## 13ª) Intervención de las comunicaciones del imputado con su Abogado defensor:

- \* Auto del T.S., 2ª, de 02.02.2010 (RJ 2010/1413).
- \* S.T.E.D.H. de 25.03.1998, asunto Koop.
- \* S.S.T.E.D.H. 24 de abril de 1990, en los asuntos KRUSLIN y HUVIG.

## 14ª) En orden a los hallazgos casuales:

## a) Ampliación objetiva:

- \* S.T.S. de 07.03.1998 (RJ 1998/2345).
- \* S.T.S. de 26.03.2000 (RJ 2000/2094).
- \* S.T.S. de 17.07.2006 (RJ 2006/6308).

- \* S.T.S. de 20.11.2006 (RJ 2006/9187).
- \* S.T.C. 166/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999/166).

b) Ampliación subjetiva:

- \* S.T.S. de 21.09.1999 (RJ 1999/7387).
- \* S.T.S. de 18.07.2000 (RJ 2000/7113).
- \* S.T.S. de 31.10.2003 (RJ 2004/83).
- \* S.T.E.D.H. de 24.04.1990 caso Kruslin.
- \* S.T.E.D.H. de 24.08.1997 caso Lambert.
- \* S.T.E.D.H. de 29.03.2005 caso Matheron.

c) Los hallazgos casuales en las diligencias de entrada y registro:

- \* S.T.S. de 07.06.1993 (RJ 1993/4848).
- \* S.T.S. de 03.10.1996 (RJ 1996/7563).
- \* S.T.S., 2ª, de 18.06.1999 (RJ 1999/5971).
- \* S.T.S., 2ª, de 29.11.2002 (RJ 2002/10873).
- \* S.T.S., 2ª, de 05.07.2004 (RJ 2004/4183).
- \* S.T.C. 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22).

15ª) Sobre la validez probatoria de los hallazgos casuales:

- \* S.T.S. de 12.12.2000 (RJ 2000/9755).
- \* S.T.S. de 21.07.2000 (RJ 2000/6772).
- \* S.T.S. de 18.02.2002 (RJ 2002/6683).
- \* S.T.C. 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22).

16ª) Efectos de la medida de intervención telefónica: prueba ilícita:

- \* S.T.C. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114).
- \* STC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81).

- Excepciones a la prueba refleja:

- \* S.T.S. de 18.07.2002 (RJ 2002/7997).
- \* S.T.S. de 08.07.2002, RJ 2002/9091.
- \* S.T.S. de 17.01.2003 (RJ 2003/926).
- \* S.T.C. 86/1995, de 6 de junio (RTC 1995/86).
- \* S.T.C. 184/2003, de 23 de noviembre (RTC 2003/184).
- \* STC 18/2005, de 1 de febrero (RTC 2005/18).

- El hallazgo o descubrimiento inevitable:

- \* S.T.S. de 04.07.1997 (RJ 1997/6008).
- \* S.T.S. de 21.05.2002 (RJ 2002/7411).
- \* S.T.S. de 24.01.2004 (RJ 2005/841).



- La excepción de la buena fe:

- \* STC 22/2003, de 10 de febrero (RTC 2003/22).
- \* S.T.S. de 05.11.2001 (RJ 2002/43).

17<sup>a</sup>) Tratamiento procesal de la prueba ilícita:

- \* STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114).
- \* STC 64/1986, de 21 de mayo (RTC 1986/64).
- \* S.T.S. de 07.02.1992 (RJ 1992/1108).

- La problemática de las pruebas irregulares:

- \* S.T.S. de 29.03.1990 (RJ 1990/2647).
- \* S.T.S. de 17.02.1999 (RJ 1999/865).
- \* S.T.S. de 20.07.2006 (RJ 2006/6300).
- \* S.T.S. de 16.02.2007 (RJ 2007/1930).
- \* S.T.C. 28/2002, de 11 de febrero (RTC 2002/28).
- \* S.T.C. 184/2003, de 16 de abril (RTC 2003/184).
- \* STC 261/2005, de 24 de octubre (RTC 2005/261).
- \* STC 136/2006, de 8 de mayo (RTC 2006/136).