

FACULTAD DE DERECHO (GRADO EN DERECHO)

2014/2015

***LA INTERVENCIÓN DE LAS
COMUNICACIONES COMO PRUEBA EN EL
PROCESO PENAL***

Trabajo realizado por ANDREA GONZÁLEZ SENDÓN

Dirigido por IÑAKI ESPARZA LEIBAR

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES	
1.	Regulación, función en el proceso penal y modalidades	5
2.	Derecho fundamental afectado: el secreto de las comunicaciones (art.18.3CE).....	7
a.	Regulación	7
b.	Objeto	9
c.	Titulares del derecho	9
d.	Requisitos para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones	11
3.	Grabación de conversaciones propias	16
a.	Diferencias entre el art.18.1 y 18.3CE	19
b.	Límite: derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (art.24.2CE)	20
4.	Comunicaciones del imputado con su abogado	23
a.	Excepción a la inviolabilidad	24
5.	Hallazgos casuales	
a.	Concepto	26
b.	Valor probatorio de los hallazgos casuales	28
i.	Aspecto objetivo	30
a.	Principio de proporcionalidad y especialidad	31
b.	Caso Naseiro: punto de inflexión	32
c.	Supuestos más frecuentes	33
ii.	Aspecto subjetivo: intervención de terceras personas	34
c.	Jurisprudencia del TEDH	35
i.	<i>Klass c. Alemania</i> (6.09.1978)	35
ii.	<i>Malone c. Reino Unido</i> (2.10.1984)	36

iii.	<i>Kruslin c. Francia</i> (24.04.1990)	37
iv.	<i>Lambert c. Francia</i> (24.10.1997)	38
v.	<i>Matheron c. Francia</i> (29.03.2005)	38
6.	Injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones: ilicitud de la prueba	
a.	Aspectos generales	39
b.	Prueba ilícita	40
c.	Prueba ilícita – Prueba irregular	42
d.	La conexión de antijuridicidad	42
e.	El art.24CE	46
f.	El art.11.1 LOPJ y los hallazgos casuales	47
III.	ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL	
1.	Antecedentes y estado actual de la tramitación del texto	48
2.	Motivos de la reforma	48
3.	Principales novedades	50
4.	Valoración de la reforma	51
IV.	DERECHO COMPARADO	
1.	Estados Unidos	52
2.	Francia	57
V.	CONCLUSIONES	58
VI.	APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO	62
VII.	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	64

SUMARIO

I. Introducción. II. La intervención de las comunicaciones. 1. Regulación, función en el proceso penal y modalidades. 2. Derecho fundamental afectado: el secreto de las comunicaciones (art.18.3CE). 3. Grabación de conversaciones propias. 4. Comunicaciones del imputado con su abogado. 5. Hallazgos casuales. 6. Injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones: ilicitud de la prueba. III. Análisis del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. IV. Derecho comparado. 1.Estados Unidos. 2.Francia.

I. INTRODUCCIÓN

Los constantes avances tecnológicos en el sector de las comunicaciones traen consigo nuevas formas de comunicación: la telefonía móvil, el correo electrónico, los servicios de mensajería instantánea, e incluso las redes sociales. No obstante, estos nuevos métodos de comunicación también facilitan nuevas vías de ataque a los derechos fundamentales, siendo necesario dar la debida protección jurídica a los ciudadanos, frente a injerencias del Estado y de terceros, teniendo siempre en cuenta la realidad social actual.

Dicho avance de la tecnología y el amplio uso que hoy en día hacemos del teléfono, el correo electrónico o la mensajería instantánea, entre otros, hacen que la intervención de las comunicaciones resulte una eficaz medida de investigación, en especial para esclarecer delitos vinculados al tráfico de drogas o la corrupción.

Las fotografías, filmaciones y grabaciones de voz son cada vez más frecuentes en los medios de comunicación al informar sobre sucesos y hechos de actualidad. Por ello, estos instrumentos han de tener una adecuada cabida legal en el proceso penal; no sólo por su evidente y frecuente utilidad como fuente de prueba, sino también para tratar de reconducir a una solución jurídica y paliar los efectos de los posibles juicios paralelos.

En definitiva, el proceso penal debe adaptarse al uso de las nuevas tecnologías, como ya lo ha hecho en gran medida en el nuevo Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero garantizando, por un lado, los derechos de los sujetos involucrados, y, por otro, llevando a una mayor eficacia y agilidad en el desarrollo del proceso.

Respecto a la sistematización del trabajo, comenzaré analizando una serie de cuestiones básicas sobre las diligencias de investigación, para centrarme después en la intervención de las comunicaciones.

Partiendo de su regulación y función en el proceso penal, analizaré el derecho fundamental afectado con dicha medida (regulación, aspecto objetivo y subjetivo y los requisitos necesarios para la adopción de tal diligencia).

En los apartados siguientes, examinaré algunos de los aspectos más relevantes de la intervención de las comunicaciones, tales como la grabación de conversaciones propias, los denominados hallazgos casuales y qué ocurre cuando se vulnera el derecho del art.18.3CE.

Por otro lado, haré especial referencia a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ya se está tramitando.

Finalmente, el último apartado consiste en un análisis de Derecho Comparado, examinando las legislaciones de otros países, cuyas regulaciones en esta materia resultan especialmente destacables: Estados Unidos y Francia.

II. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

1. REGULACIÓN, FUNCIÓN EN EL PROCESO PENAL Y MODALIDADES

Las diligencias de investigación se llevan a cabo en el procedimiento preliminar, con el objeto de descubrir los hechos criminales producidos y las personas que los hayan podido cometer. ¹Esto es, han de servir para fijar la procedencia o no de la apertura del juicio oral, al permitir determinar la comisión del delito e identificar al delincuente.

Estas medidas de investigación son clasificadas por la doctrina en dos bloques: aquellas que implican una restricción de derechos fundamentales y aquellas otras en las que no se da dicha injerencia. Las que restringen algún derecho fundamental deben someterse a cuatro principios generales, que más adelante analizaré en profundidad: jurisdiccionalidad, legalidad, proporcionalidad y motivación.

Una de las diligencias de investigación más invasivas desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales y de ejecución más compleja es la de intervención de las comunicaciones. Esta diligencia de investigación de la fase de instrucción en el proceso penal está regulada en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S. (2014) *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. Valencia. Edit. Tirant lo Blanch. pág.166

La intervención de las comunicaciones constituye, tal y como viene definida en la Circular 1/2013, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, *“una diligencia de investigación, acordada por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del “iter” comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios”*.

Esto es, se trata de un acto de investigación propio de un proceso penal, en virtud del cual el juez limita el derecho al secreto de las comunicaciones de la persona sometida a dicha medida.²

Son dos las funciones básicas de la medida de intervención (principalmente telefónica): por un lado, desempeña una función probatoria, como fuente de prueba, según el contenido y la relevancia de las conversaciones grabadas. Por otro lado, tiene una clara función investigadora, pues resulta útil para obtener otros elementos de prueba y acordar más actos de investigación.

Junto con las conversaciones telefónicas, también pueden ser objeto de intervención las comunicaciones postales (no sólo la correspondencia escrita, sino también cintas de vídeo, CDs o DVDs), correos electrónicos o los servicios de mensajería instantánea. Precisamente, el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado por el Consejo de Ministros el 13 de marzo, incorpora, entre otras novedades en las medidas de investigación tecnológica, la posibilidad de intervenir las comunicaciones vía WhatsApp (siempre respetando una serie de principios que más adelante analizaré).

El derecho al secreto de las comunicaciones se sitúa al mismo nivel que otros derechos, por lo que a la hora de adoptar esta medida en el curso de una investigación penal, deben respetarse los principios generales que informan el proceso y una serie de

² ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (2013) *Estudios sobre prueba penal Volumen III. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso*. Madrid. Edit. La Ley. pág.134

requisitos propios de este medio de investigación, que serán analizados en el apartado siguiente.

2. DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO: EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES (ART.18.3CE)

a) Regulación

La medida de investigación analizada en este trabajo se encuentra estrechamente vinculada al derecho al secreto de las comunicaciones, que a su vez guarda relación con el derecho a la intimidad. Ejemplo de esta relación la encontramos en el hecho de que el secreto de las comunicaciones, aparte de la correspondiente protección en el ámbito penal (artículos 197.1, 198 y 536CP), goza de protección civil mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

Los derechos fundamentales gozan de una protección especial, bien por su mayor valor e imprescriptibilidad, bien por resultar componentes estructurales de nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho al secreto de las comunicaciones goza de un máximo reconocimiento en el artículo 18.3 de la Constitución Española, dentro de la Sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas. El citado precepto establece que “*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”.

La jurisprudencia lo ha venido entendiendo como una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que son el fundamento del orden político y de la paz social. Es un derecho público subjetivo (lo que hace que sea exigible ante los poderes públicos), autónomo (aunque vinculado, como he mencionado, a la libertad, dignidad y desarrollo de la personalidad), y relativo (pues puede ser limitado mediante resolución judicial).

Junto con nuestro texto constitucional, a nivel internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 declara en su artículo 12 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*”. El mismo precepto concluye reconociendo el derecho a la protección legal ante tales injerencias o ataques.

En el mismo sentido, el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York en 1966 y ratificado por España en 1977, establece que *“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”*.

A nivel europeo, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma en 1950 y ratificado por España en septiembre de 1979, regula en su artículo 8 el derecho al respeto a la vida privada y familiar: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.³

Por último, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones.⁴

Todos estos textos internacionales son, en virtud del artículo 10.2 CE, tenidos en cuenta a la hora de interpretar los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Asimismo, también ha de mencionarse la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, cuyos artículos 30 y 31 regulan el régimen de intervención de telecomunicaciones con asistencia técnica de otro Estado miembro.

En el ámbito interno, la escasa regulación que, por lo menos hasta ahora, ofrece la LECrim sobre las interceptaciones de las comunicaciones, se complementa con diversas disposiciones normativas, como la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 25/2007, de 28 de octubre,

³ AAVV. – LASAGASTER HERRARTE, I. (dtor.) (2009). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. 2ª edición. Pamplona. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

⁴ AAVV. – ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dtor.) (2014). *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*. Pamplona. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (arts.186-187.2); y las recientes Leyes Orgánicas reformadoras que modifican el Código Penal (LO 1/2015, de 30 de marzo) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LOPJ (LO 5/2015, de 27 de abril).

b) Objeto

Los avances tecnológicos y sociales exigen una redefinición del concepto de comunicación amparada por el precepto analizado. El sistema de *numerus apertus* empleado en el texto constitucional permite incorporar todos los medios de comunicación que han ido surgiendo desde 1978.

El secreto de las comunicaciones ha de ser respetado por terceros ajenos a la comunicación en cuestión, tanto agentes públicos como particulares. Ahora bien, es doctrina jurisprudencial, como analizaré más adelante, que dicho secreto no afecta a los interlocutores. Se entiende que no hay secreto para aquél a quien va dirigida la comunicación; es decir, el hecho de que el contenido del mensaje concreto sea retenido por uno de los intervinientes en la comunicación no vulnera el art.18.3CE.

El derecho aquí analizado ha sido configurado por la doctrina constitucional como un derecho de carácter formal, pues la comunicación goza de protección constitucional, aunque lo comunicado no forme parte de la intimidad personal. Por tanto, el bien jurídico protegido es la libertad de comunicaciones.

Ahora bien, la jurisprudencia ha establecido que la protección del derecho constitucional alcanza, entre otros, a los siguientes contenidos: el listado de llamadas, las comunicaciones realizadas desde el teléfono por tercero ajeno, el acceso a los SMS aún no leídos, los e-mails enviados y recibidos pero no leídos, o en fase de transferencia, y las comunicaciones bidireccionales cerradas mediante Internet.

c) Titulares del derecho

Los titulares del derecho al secreto de las comunicaciones pueden ser tanto las personas físicas como las jurídicas, nacionales o extranjeras.

En primer lugar, e indudablemente, las personas físicas son titulares activos del derecho recogido en el artículo 18.3CE. El Tribunal Supremo ha reiterado en innumerables ocasiones que son titulares de este derecho todas las personas físicas

(menores y mayores de edad) y jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras (así en las SSTS de 20 de febrero de 1995, de 2 de diciembre de 1997 o de 22 de abril de 1998).

En cuanto a los *menores*, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce en su artículo cuarto este derecho y encomienda a los padres, tutores y poderes públicos el respeto y protección del mismo.

Ahora bien, cabe destacar algunos supuestos en los que se han venido originando disputas en relación a si tales sujetos ostentan o no la titularidad del derecho aquí analizado.

Por un lado, el caso de los *extranjeros*, ya que si bien es cierto que hay una serie de derechos, en su mayoría de índole política, que no se les reconoce, los restantes derechos, en especial los fundamentales, sí les son reconocidos pues se conceden por el mero hecho de ser personas.

Aunque el artículo 13.1CE puede parecer ambiguo, pues no precisa qué derechos les son reconocidos y cuáles no, el Tribunal Constitucional ha precisado que aquellos que se ostenta como persona y no como ciudadano son, en todo caso, reconocidos a los extranjeros, de igual forma que lo son para los ciudadanos españoles.

Por otro lado, el *concurtido* también ve afectado este derecho fundamental en el curso del procedimiento concursal. Así, el artículo 41 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sobre los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades fundamentales del deudor en materia de comunicaciones, residencia y libre circulación, nos remite a la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

El artículo primero establece que *“desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso (...), el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas: 1.ª La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso.”*

El apartado tercero de este artículo declara que la adopción de dichas medidas se hará previa audiencia del Ministerio Fiscal y mediante decisión judicial motivada, conforme a criterios tales como la idoneidad de la medida, el objetivo perseguido con la misma, la proporcionalidad entre ambas y la duración de la medida. Es más, el apartado

cuarto concluye que la intervención de las comunicaciones telefónicas deberá realizarse siguiendo lo establecido en la LECrim.

Junto con las personas físicas, también son titulares de este derecho las personas jurídicas, si bien ha sido necesaria la intervención del TS en orden a precisar qué derechos les pertenecen. Así, se ha establecido que les corresponde la titularidad de derechos cuya naturaleza permita que sean ejercitados por este tipo de personas.

La mayor parte de la doctrina, apoyándose en sentencias tanto del TS como del TEDH, entiende que las personas jurídicas sí tienen reconocido este derecho fundamental, pues de lo contrario se imposibilitaría la intervención de ciertas comunicaciones telefónicas que pudieran ser fundamentales en el curso de una investigación penal.

d) Requisitos para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones

La gran mayoría de los derechos fundamentales son limitables en el curso de una investigación, siempre que se cumplan ciertos requisitos legales y constitucionales, que garantizan el respeto al derecho al secreto de las comunicaciones frente a posibles injerencias.

Así, el CGPJ en el Informe emitido el 12 de enero de 2015 respecto al Anteproyecto de Ley de Reforma de la LECrim, enumera los requisitos y presupuestos que deben concurrir para la legitimidad y validez de las interceptaciones de las comunicaciones: exclusividad jurisdiccional, finalidad estrictamente probatoria de la existencia del delito y de sus responsables, proporcionalidad, limitación temporal, excepcionalidad, especialidad de hecho delictivo, indicios previos, existencia de un proceso de investigación penal, motivación de la resolución judicial, y el control judicial de la medida.

A continuación, analizaré una serie de garantías que la jurisprudencia del TS, TC y TEDH exige cumplir al adoptar la intervención. La STS 2/2011, de 15 de febrero, permite distinguir, entre los requisitos a observar, aquellos necesarios para respetar el contenido esencial del art.18.3CE; y los de legalidad ordinaria, relativos al uso que pueda darse en el proceso de los resultados de tales intervenciones y su valor como prueba: *“Las consecuencias de una u otra declaración de ilicitud, constitucional o de legalidad ordinaria o irregularidad, son distintas pues las primeras, la actuación contraria a la Constitución, supone su nulidad y la prohibición de valorar las diligencias conectadas*

con la prueba nula, en tanto que los efectos de las declaradas irregulares concluyen, normalmente, en la expulsión del acervo probatorio y, en ciertos supuestos, pueden ser subsanadas.”⁵

En el mismo sentido, la STS 841/2014, de 9 de diciembre, en relación con las intervenciones telefónicas, establece que *“como fuente de prueba y medio de investigación, deben respetar determinadas exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas”*.⁶

Requisitos constitucionales

▪ *Principio de legalidad*

Debemos partir del principio de legalidad procesal en virtud del cual toda restricción de derechos fundamentales exige la existencia de una ley orgánica (art.81CE) que la habilite, para así garantizar la protección de las personas ante intromisiones del Estado en su ámbito más privado. Esto es, los Jueces no pueden limitar derechos si no existe alguna ley que lo prevea.

▪ *Jurisdiccionalidad*

Dado que las intervenciones de las comunicaciones son un medio de investigación llevado a cabo en el proceso penal, sólo pueden ser decretadas por una autoridad judicial (Juzgado de Instrucción conocedor de la causa), dentro del proceso en cuestión.

En efecto, el órgano judicial es el único competente para autorizar esta intromisión en el derecho a la intimidad; la cual se debe realizar con el único objetivo de investigar un delito concreto y detener a los responsables. El TS rechaza las intervenciones predelictuales o de prospección. Esto es, la intervención de las comunicaciones deberá siempre efectuarse en el curso de un proceso penal.

La jurisprudencia constitucional entiende que, al llevarse a cabo la intervención sin conocimiento del afectado, el Ministerio Fiscal asume el control de la legalidad y de

⁵ STS 2/2011, de 15 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo. Voto particular Andrés Martínez Arrieta.

⁶ STS 841/2014, de 9 de diciembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar. FJ 5º

los derechos del ciudadano, tanto durante como después del proceso, en virtud del art.124.1CE.

▪ *Motivación*

El propio art.18.3CE reconoce la necesidad de partir de una resolución judicial para adoptar la medida. La resolución ha de estar suficientemente motivada, de lo contrario, se estaría lesionando un derecho fundamental.

En ese sentido, la STS 446/2012, de 5 junio, dispone que *“la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan una intervención telefónica, su extensión, ampliación o prórroga, forman parte del contenido esencial del art.18.3”*⁷. La jurisprudencia entiende que dicha resolución ha de adoptar la forma de auto.

Se considera que los números de teléfono a intervenir, la duración, el modo en que se llevará a cabo la intervención, y los datos objetivos en los cuales se ha basado el Juez a la hora de decidir la adopción de la medida, son datos necesarios que deben estar presentes en toda resolución judicial habilitante.

Por tanto, la decisión judicial, en virtud de la cual se adopte la mencionada medida de investigación, ha de ser motivada, con una exposición sistemática de las razones que han llevado a permitir la injerencia en las comunicaciones privadas (STS 122/2015, 29 de enero), con los números de teléfono cuya intervención se autoriza, sus usuarios, la duración de la injerencia y el control judicial sobre la medida (STS 27/2015, 15 enero).

En el mismo sentido, la STS 345/2014 si bien establece que resulta deseable una motivación autónoma y autosuficiente que no requiera de heterointegración, también reconoce, en base a jurisprudencia constitucional, que la motivación por remisión es suficiente.

Esta necesaria motivación exige que la adopción de la analizada medida de investigación, como resolución restrictiva de derechos y libertades fundamentales, se base en un juicio de valor respecto de los criterios tenidos en cuenta al adoptar esa decisión y la finalidad que se busca.

⁷ STS 446/2012, de 5 de junio (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Cándido Conde-Pumpido Touron. FJ 3º

La policía deberá aportar datos objetivos que sustenten la adopción de dicha medida; no bastan conjeturas. Tales datos deben proporcionar una base objetiva suficiente que lleve a apreciar la comisión o futura comisión de un delito y la probable implicación de la persona en cuestión.

En este sentido, la STC 184/2003 declara que: *“...en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica, no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida, adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios, pero sin duda deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de una suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona ...”*⁸

De igual forma, la anteriormente citada STS 345/2014 establece que la legitimidad constitucional de la autorización judicial depende de que el Juez verifique la presencia de unos indicios constatables por un tercero: *“El órgano judicial ha de valorar no sólo la gravedad y la naturaleza de los delitos que se pretende investigar y la necesidad de realizar esa injerencia en un derecho fundamental para esa investigación. Es también imprescindible que efectúe un juicio ponderativo sobre el nivel cualificativo de los indicios que avalan las sospechas (...) No puede descansar exclusivamente en la estimación de los agentes policiales. No basta con que éstos afirmen que tienen sospechas fundadas. Es necesario que aporten al instructor los elementos objetivos y verificables por un tercero que soportan ese juicio de probabilidad.”*⁹

La intervención de las comunicaciones es siempre una medida temporal, tomando como dies a quo para el cómputo del plazo la fecha en que se dicta la resolución que autoriza la medida, aunque la intervención comience de forma efectiva más tarde (SSTC26/2006 y 68/2010).

▪ *Excepcionalidad*

El uso de la intervención ha de ser limitado, al tratarse de una medida que conlleva un sacrificio de un derecho fundamental.

⁸ STC 184/2003, de 23 de octubre (Pleno)

⁹ STS 345/2014, de 24 de abril (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Antonio del Moral García. FJ 1º

Dentro de esta excepcionalidad, la jurisprudencia del TS y la doctrina destacan otros tres aspectos a tener en cuenta al adoptar la medida:

- Que sea una medida idónea, esto es, adecuada para los fines de la instrucción.
- Que sea necesaria, porque no hay posibilidad de emplear otro medio de investigación menos invasivo.
- Que se hayan agotado otros medios de investigación (subsidiariedad).

Junto con la excepcionalidad, a modo de complemento, ha de tenerse en cuenta la especialidad que debe guardar la medida en relación al concreto delito objeto de investigación; debiendo solicitar al Juez, en caso de ser necesario, la ampliación a otro delito del inicialmente investigado.

▪ *Proporcionalidad*

La decisión limitadora del derecho fundamental del art.18.3CE debe atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla el sujeto al que se le impone la medida.

El CPGJ considera que la proporcionalidad “*supone la aptitud de la medida a los fines de la investigación (STS 41/2010, de 26 de enero), así como que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (SSTS 70/2002, de 3 de abril, y 56/2003, de 24 de marzo). Y en todo caso, exige la adopción de la medida únicamente en períodos de tiempo razonables*”.

Así, la jurisprudencia entiende que la intervención de las comunicaciones sólo puede ser adoptada cuando permita lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para investigar los delitos en cuestión.

Ha de haber una cierta entidad entre la medida y la gravedad del delito a investigar. La proporcionalidad de la medida se debe constatar poniendo en relación los derechos fundamentales afectados y la gravedad del delito cuya investigación se pretende.

Este principio excluye la legitimidad de las investigaciones prospectivas y de aquellas no aptas para lograr el fin previsto en la resolución en virtud de la cual se adoptó la medida restrictiva del derecho del art.18.3CE.

En el FJ tercero de la STS 122/2015, 29 de enero, se establece que “*el objeto del proceso determina los medios de investigación admisibles, de manera que en el caso de la intervención telefónica, será preciso que se trate de una investigación por un delito grave*”.¹⁰ De no ser así, la medida sería ilícita pues vulneraría el principio de proporcionalidad.

▪ *Control judicial*

Dado que la medida se acuerda en un proceso penal abierto, el Juez asume el control de su ejecución, aunque la policía sea la encargada de poner los medios necesarios para llevarla a cabo.

El control se despliega en tres momentos diferentes: al acordarse la medida, durante la misma y tras su cese (al incorporar los resultados de las intervenciones al proceso para el que se ordenaron).

Requisitos de legalidad

Tras el cumplimiento de estos requisitos constitucionales, deben concurrir otros de legalidad ordinaria para que las intervenciones sean valoradas como medio de prueba. Así, la aportación de las cintas al proceso y su disponibilidad para las partes, junto con su reproducción en el juicio oral.

Ahora bien, tal y como he indicado anteriormente, mientras que el incumplimiento de las exigencias de legalidad constitucional antes analizadas lleva a la ilegalidad de la intervención en sí, el quebrantamiento de estos requisitos de legalidad ordinaria sólo impide que las grabaciones tengan valor como prueba de cargo, pudiendo seguir siendo tenidas en cuenta como medio de investigación (fuente de prueba), a complementar con otros distintos (STS 841/2014, 9 de diciembre, FJ 5º).

3. GRABACIÓN DE CONVERSACIONES PROPIAS

El art.18.3CE se encarga de la protección del derecho respecto a los extraños a la comunicación, esto es, frente a terceros.¹¹ No obstante, hace falta acudir a la doctrina del TC y del TS para determinar si la grabación de conversaciones particulares realizada por

¹⁰ STS 122/2015, de 29 de enero (Sala de lo Militar, Sección 1ª). Ponente: Jacobo López Barja de Quiroga FJ 3º

¹¹ RIVES SEVA, A.P. (2010). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Barcelona. Edit. Bosch. pág.269

uno de los interlocutores tiene eficacia en el proceso penal, cuando la otra parte no conoce la existencia de dicha grabación.

Para tratar esta cuestión, comenzaré analizando la STS 358/2014, de 7 de febrero, que resuelve un recurso de casación basado, entre otros, en la presunta vulneración del art.18.1 y 3 de la CE, en relación con la grabación efectuada por uno de los testigos. El recurrente cuestiona la validez probatoria de dichas conversaciones grabadas, tanto por su legitimidad constitucional, como por su integridad.

A la hora de fundamentar la resolución del recurso, el TS menciona la STC 114/1984, de 29 de noviembre, resolución fundamental pues desarrolló la teoría de la prueba ilícita. En ella el TC establece que: *“El derecho al “secreto de las comunicaciones...salvo resolución judicial” no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. (...) El derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. (...) 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). (...)”*

Concluye el Alto Tribunal aclarando que *“no hay “secreto” para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art.18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje.”*¹²

Esto es, quien graba una conversación ajena atenta, indudablemente, al derecho reconocido en el art.18.3CE; pero quien graba una conversación con otro no incurre por ello en vulneración de dicho precepto constitucional, puesto que graba también sus propias manifestaciones personales.

De la misma manera, la STC 56/2003, de 24 de marzo, destaca el contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, excluyendo toda lesión del precepto constitucional derivada de la grabación y ulterior utilización en juicio de lo grabado por uno de los interlocutores. El TC considera que cuando se conversa con otro

¹² STC 114/1984, de 29 de noviembre (Sala Segunda) FJ 7º

nos despojamos en parte de ese derecho al secreto y nuestro interlocutor podrá usar el contenido de la conversación.

El TS ha venido siguiendo el criterio de la STC 114/1984, al establecer que es el propio interesado quien exterioriza sus pensamientos sin coacción, y que el art.18.3CE no garantiza el mantenimiento del secreto de lo que un ciudadano comunica a otro. Así, en Sentencia de 1 de marzo de 1996 estableció que: *“la cuestión de la validez de una grabación subrepticia de una conversación entre cuatro personas realizada por una de ellas sin advertírsele 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. 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 todos los asistentes. 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”*.¹³

Asimismo, el TS ha expuesto en diversas sentencias que los derechos fundamentales protegen al individuo frente al Estado, mientras que no vinculan a los sujetos privados, esto es, no tienen efecto horizontal o respecto de terceros (salvo excepciones concretas). Por ello, no habría vulneración del derecho a la intimidad o al secreto cuando el “afectado” es el que ha manifestado sus pensamientos sin coacción. Esa exteriorización da a entender que el titular del derecho no quiere mantener su intimidad al margen de los demás. El derecho al secreto de las comunicaciones no genera efecto horizontal (frente a los demás), por lo que no implica una obligación de discreción.

¹³ STS 178/1996, de 1 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Jose Antonio Martín Pallín. FJ 1º

En definitiva, tal y como se indica en la STS 239/2010, 24 de marzo, *“la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca derecho alguno impuesto por el art.18.3CE, quien graba una conversación “de otro” atenta independientemente toda otra consideración al derecho reconocido en el art.18.3CE, por el contrario quien graba una conversación “con otro” no incurre por este solo hecho en conducta contraria al precepto constitucional citado”*.¹⁴ Por lo que no constituye vulneración del art.18.3CE la conducta del interlocutor que graba la conversación (junto con sus propias manifestaciones personales).

La jurisprudencia entiende que la grabación realizada con la intención de su posterior revelación no vulnera ni el derecho al secreto, ni a la intimidad del sujeto, pues, de lo contrario, se estaría obstaculizando la obligación de denunciar que la ley impone a los ciudadanos. Por lo tanto, tal y como establece el Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional en Auto de 24 de mayo de 2013, las grabaciones realizadas por particulares como fuente del descubrimiento de delitos gozan de licitud y plena eficacia, sin vulnerar en ningún caso los derechos fundamentales, puesto que es preponderante el deber de denunciar del art.259 LECrim.

No obstante, se rechaza la validez de las grabaciones de las comunicaciones entre particulares cuando éstas no son libres, voluntarias y exentas de coacción. Así, la STS 1066/2009, de 4 noviembre, establece que no se reconoce su validez cuando el sujeto grabado ha sido inducido a la conversación *“utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra”*. Continúa el TS estableciendo que para que la grabación sea válida, ha de tratarse de *“un encuentro libremente concertado entre ambos y que se acuda a la cita espontáneamente y sin condicionamiento de ninguna clase”*.¹⁵

a) Diferencias entre el art.18.1 y 18.3 CE

El TS ha reconocido (STS 114/1984, de 29 noviembre (FJ 7) y STS 239/2010, de 24 marzo (FJ 3) 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*

¹⁴ STS 239/2010, de 24 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. FJ 3º

¹⁵ STS 1066/2009, de 4 de noviembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Jose Antonio Martín Pallin. FJ 3º

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 entra en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art.18.1CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. 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. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art.18.1CE)”.

Entiende que la imposición de un deber genérico de secreto a cada uno de los interlocutores o corresponsables en base al art.18.3, “terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art.18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana”.

El CGPJ aclara en su Informe sobre el Anteproyecto de Reforma de la LECrim que “las grabaciones y revelaciones de las conversaciones por uno de los interlocutores, por el contrario, no afectan al secreto de las comunicaciones, sino al derecho a la intimidad, por lo que pueden articularse como prueba aunque no medie autorización judicial”. No obstante, precisa que “cuando las grabaciones son efectuadas por uno de los interlocutores y la Policía realiza una contribución esencial en la ejecución de un plan, el TEDH ha equiparado dicha grabación y revelación a las interceptaciones telefónicas propiamente dichas”.

b) Límite: derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo (art.24.2CE)

En ocasiones, puede ocurrir que la conversación grabada contenga una declaración autoinculpatória. Por ello, en este apartado analizaré las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre si dicha declaración puede o no ser aportada al proceso como medio de prueba.

Admitiendo la validez de las intervenciones telefónicas, el problema surge cuando la información que con ellas se obtiene incluye datos incriminatorios, perjudiciales para el sujeto cuya conversación es grabada. Este sujeto pasivo es, en virtud del art.24.2CE y en todo caso, titular del derecho al silencio y a no declarar contra sí mismo o confesar su culpabilidad.

Por un lado, un sector doctrinal (López Fragoso, entre otros¹⁶) entiende que las manifestaciones que realiza en las conversaciones grabadas, aunque sean autoincriminatorias, no están dirigidas al Juez instructor, por lo que no constituyen una declaración en sentido estricto.

No supone una declaración con valor procesal probatorio, pues quien la emite no tiene dicha voluntad. Si se admitiera como tal, se estaría vulnerando el derecho constitucional del art.24.2, a lo que haré referencia en otro apartado.

Así, la prueba que se obtenga de estas escuchas telefónicas debe considerarse, como mucho, prueba indiciaria, aun cuando el imputado se autoincrimine, ya que le falta el carácter de confesión al ser un tercero quien recoge tales manifestaciones. En definitiva, las conversaciones grabadas no constituirían una declaración realizada ante el Juez, sino un hecho “extra procesal”.

En cambio, otros como López Barja de Quiroga entienden que las manifestaciones autoinculpatorias que libremente realice el imputado y que se hayan obtenido sin mediar engaño por parte de su interlocutor, constituyen prueba directa, no indiciaria. No obstante, si ha mediado engaño, consideran que dichas manifestaciones no tienen valor alguno.¹⁷

Ahora bien, evidentemente, no cabe rechazar el valor probatorio de las manifestaciones del inculpado y frustrar la investigación, al amparo de una necesaria defensa de las garantías constitucionales. Al contrario, el Juez deberá valorar dicha información, junto con los resultados de las restantes pruebas practicadas.

¹⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid. Editorial COLEX S.A.

¹⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1991) *Las escuchas telefónicas en el proceso penal*. Madrid. Editorial COLEX S.A.

Por su parte, existe jurisprudencia consolidada que sostiene que las declaraciones efectuadas por el imputado en el juicio oral, respetando los principios de contradicción e inmediación, gozan de plena eficacia y validez.

Pero no resulta tan fácil concretar qué sucede cuando la declaración autoinculpatoria del sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica es obtenida gracias a una grabación subrepticia de una conversación telefónica o cuando se logra mediando engaño.

Para el TC los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías que forman parte del derecho de defensa.

Por su parte, el TS en las sentencias 2081/2001, 9 de noviembre, y 239/2010, 24 de marzo, respecto a esta posibilidad de que en las grabaciones subrepticias se reflejen manifestaciones que implican, con mayor o menor claridad, la confesión de una actividad delictiva, establece que se vulnerarían los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del art.24.2CE si en los autos no hay más pruebas que las declaraciones inculpatorias. Esto es, la confesión grabada sin conocimiento del sujeto no puede sustentar una condena, a no ser que sea corroborada por las demás pruebas.

Por último, resulta imprescindible analizar las resoluciones dictadas por el TEDH en esta materia. Ha reiterado en innumerables ocasiones que la captación secreta de conversaciones o imágenes por medio de aparatos de grabación de audio y vídeo quedan bajo el ámbito de aplicación del art.8 del CEDH. Por ello, son declaradas ilegales las escuchas realizadas mediante la colocación de dichos aparatos ocultos, al no haber previsión legal al respecto.

Así, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (*Lewis c. Reino Unido*, relativo a la denuncia de un ciudadano británico por un aparato de vigilancia oculto que la policía usó para grabar conversaciones en su casa), el TEDH declaró que dicha acción suponía una injerencia del art.8 (respeto a la vida privada), pues no había una regulación legal que amparara dichos aparatos.

En el mismo sentido, en la Sentencia de 31 de mayo de 2005 (*Vetter c. Francia*), declaró que el ordenamiento jurídico francés no preveía con la necesaria claridad la adopción de medidas como la intervención telefónica.

Aparte de los supuestos en que la grabación se realiza en la casa del sujeto, el TEDH también ha analizado la validez de las grabaciones efectuadas en las dependencias policiales y los calabozos (el caso *Perry* de 2003, el caso *Allan* en 2002 o el caso *Doerga c. Países Bajos* de 27 de abril de 2004, entre otras).

4. COMUNICACIONES DEL IMPUTADO CON SU ABOGADO

El derecho a la asistencia y defensa por medio de abogado conlleva la facultad de que la comunicación mantenida entre imputado y abogado sea en todo momento reservada. De tal forma que puedan intercambiarse la información que consideren necesaria para desarrollar su estrategia procesal.

La garantía contenida en el art.6.3 c) del CEDH, en virtud de la cual el inculcado ha de gozar de las facilidades y tiempo necesarios para preparar su defensa, encuentra su reflejo en el secreto profesional entre imputado y abogado defensor.

En el caso *Golder c. Reino Unido* (STEDH 21 de febrero de 1975), el Sr. Golder, ciudadano británico, fue condenado en 1965 a 15 años de prisión por robo con violencia. En la cárcel en la que estaba ocurrieron unos graves incidentes y uno de los funcionarios dijo, sin poder corroborarlo, que Golder estaba entre los que lo agredieron. Tras los hechos, la correspondencia de Golder fue interrumpida y no se le permitió consultar con un abogado.

El TEDH determinó que la imposibilidad de comunicarse vía correo con un abogado supuso una clara violación del art.8 del Convenio. El impedir a alguien siquiera iniciar una correspondencia constituye, para el TEDH, la más clara manifestación de la “interferencia” prevista en el art.8.2.

Aunque el Gobierno británico alegó que dicha interferencia era necesaria para proteger el interés general, constituyendo por tanto una excepción de las contempladas en el párrafo segundo del citado artículo, el TEDH declaró, por unanimidad, vulnerado el art.8.¹⁸

El art.14.3b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que durante el proceso, el acusado tiene derecho en plena igualdad a disponer del tiempo y de

¹⁸ AAVV - LASAGABASTER HERRARTE, I. (dtor.) (2009). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. 2ª edición. Pamplona. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.

los medios necesarios para la preparación de su defensa y a comunicarse con su abogado. Resulta indiscutible que para la plena eficacia de ese derecho su titular, el imputado, debe mantener en privado dicha comunicación con su abogado.

La intervención de las comunicaciones está indudablemente dirigida a obtener datos útiles para la investigación en curso, pero algunos de los datos que se obtengan por esa vía no podrán tener valor probatorio que fundamente el fallo del Juez, tal y como ocurre con la información que el abogado obtiene en el ejercicio de su profesión.

El secreto profesional actúa como un derecho-deber: como privilegio del abogado y como garantía de su cliente que tiene la convicción de que todo lo que le revela queda bajo esa confidencialidad.

Por tanto, las facultades judiciales para averiguar delitos se encuentran limitadas por esta garantía de defensa (art.24.2CE), ya que no podrán intervenir las comunicaciones entre defensor y defendido, y en caso de captarse alguna conversación (porque el abogado utiliza un dispositivo válidamente intervenido para tratar otros asuntos), los datos obtenidos no podrán ser utilizados en el proceso.

En definitiva, la interceptación de las comunicaciones entre abogado y defendido resulta ilegítima, al vulnerar el derecho de defensa constitucionalmente previsto. Como consecuencia, los datos obtenidos constituyen una fuente de prueba ilícita, sin valor probatorio.

a) Excepción a la inviolabilidad

Aceptar como inviolable toda comunicación que los abogados mantengan por razón de su cargo conlleva presumir que la actuación de éstos en el ejercicio de su profesión es siempre lícita, excluyendo cualquier posible participación en algún hecho delictivo.

Ese privilegio, que llevaría a una inmunidad absoluta, se ha visto afectado por la entrada en vigor de la Directiva 2005/60, 26 de octubre de 2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Dicha Directiva, aparte de obligar a notificar operaciones sospechosas en la lucha contra la delincuencia organizada a los Estados de la Unión Europea, respecto a los abogados, dispone que resultaría *“improcedente imponerles la obligación de notificar sospechas de blanqueo de*

capitales”. Ahora bien, establece que el secreto profesional tiene una excepción “*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*”.

Por tanto, las comunicaciones entre cliente y su abogado no están amparadas por el secreto cuando la intervención es ordenada judicialmente. Es más, la Directiva citada ampara dicha intervención cuando hay sospechas de que el abogado está ayudando a hacer desaparecer dinero procedente de la corrupción.

Un ejemplo claro de la aplicación de esta disposición europea lo encontramos en la decisión que el Juez de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, adoptó, a instancias de la Fiscalía anticorrupción, de intervenir las comunicaciones entre los detenidos en la trama Gürtel con sus abogados, por el buen fin de la investigación. Tras las conversaciones interceptadas algunos abogados fueron también imputados. No obstante, el TS entendió, al admitir a trámite querrela por presuntos delitos de prevaricación y contra las garantías de la intimidad, que las escuchas no se ajustan a lo permitido legalmente, al no tratarse de un caso de terrorismo.

El TEDH trató esta cuestión en el caso *Kopp c. Suiza* (sentencia de 25 de marzo de 1998). El problema residía en concretar hasta dónde llega este privilegio de confidencialidad, si el intervenir el teléfono del despacho del letrado Kopp conllevaba una injerencia en su derecho a comunicarse con sus clientes de forma libre y secreta.

La investigación penal comenzó con una información anónima acerca de que el abogado había recibido dinero a cambio de determinados documentos confidenciales policiales y para descubrir quién filtro dichos documentos, se intervinieron, si bien por un período corto de tiempo ya que se descubrió que no había indicios suficientes, las líneas telefónicas del Sr.Kopp.

El TEDH determinó que la mencionada intervención telefónica constituía una vulneración por parte del Estado en el derecho al respeto de la vida privada y a la correspondencia del letrado. Es más, estableció que el hecho de no haber utilizado las grabaciones no excluía la vulneración.

En este caso, aunque la legislación suiza contemplaba expresamente la prohibición de las intervenciones telefónicas a abogados, cuando no recaen indicios de culpabilidad sobre ellos, el TEDH consideró insuficiente dicha regulación.

El Tribunal entiende que para determinar la legitimidad de la intervención han de especificarse con claridad los criterios que permitan delimitar hasta dónde llega ese secreto profesional. Esto es, debe precisarse qué conversaciones del abogado quedan protegidas por este privilegio y cuáles no. De lo contrario, se ha de entender que todas las comunicaciones que el abogado mantenga con sus clientes son inviolables.

No obstante, evidentemente, si el abogado en cuestión está siendo investigado por un determinado delito, la intervención de sus comunicaciones puede adoptarse con total validez.

5. HALLAZGOS CASUALES

a) Concepto

Uno de los efectos que puede originar la intervención telefónica es que del contenido de las conversaciones interceptadas se derive la práctica de otros actos de investigación, se conozca la participación de terceras personas relacionadas con la causa objeto de investigación o se tenga conocimiento de otros hechos presuntamente delictivos.

Es en ese contexto donde aparecen los denominados hallazgos o descubrimientos casuales, definidos como aquellos resultados probatorios obtenidos de la realización de determinadas diligencias encaminadas a la investigación de un determinado delito, pero de las que se derivan elementos que acreditan la existencia de otro delito distinto al inicialmente concretado o que afecta a otro sujeto distinto al inicialmente investigado.¹⁹

Suponen la aparición de hechos delictivos nuevos en el curso de la investigación de un delito, no incluidos en la resolución judicial que acordó la medida de investigación, o de sujetos no investigados en un principio. Esto es, al investigar unos hechos delictivos

¹⁹ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. (2011). “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)” en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. Septiembre, 2011, núm.2. Madrid

determinados, se descubren casualmente otros distintos o aparecen otros sujetos implicados.

Para la doctrina alemana, son conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no guarda relación con el fin inmediato de la investigación para la que se autoriza dicha medida, y/o que afectan a personas frente a las que no se ha ordenado dicha intervención.²⁰ Se distinguen hasta cinco clases de descubrimientos casuales:

- Conocimientos casuales sobre hechos delictivos del imputado que no son objeto de investigación, esto es, sobre un delito distinto al que motivó el inicio de la investigación.
- La implicación de una tercera persona ajena a la investigación principal, pero relacionada directamente con el hecho delictivo objeto de investigación.
- La implicación de una tercera persona en un delito distinto al investigado.
- Conocimientos provenientes de un tercero y referidos al hecho objeto de investigación.
- Conocimientos provenientes de un tercero, en referencia a un delito distinto del primero.

Así, el hallazgo casual tiene dos componentes: uno objetivo (al descubrirse hechos presuntamente delictivos que no entran dentro del ámbito de la resolución judicial habilitadora de la intervención de las comunicaciones) y otro subjetivo (al tener noticia de la intervención de terceras personas).

El problema reside en determinar el valor de dichas pruebas casualmente descubiertas.

²⁰ RIVES SEVA, A.P. (2010). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Barcelona. Edit. Bosch. págs.190-191

b) Valor probatorio de los hallazgos casuales

La principal dificultad que plantean los hallazgos casuales radica en concretar si cabe utilizarlos o no, confiriéndoles, por tanto, valor probatorio.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente contempla en su art.586, respecto a la utilidad de las informaciones obtenidas mediante la intervención de la correspondencia, que sólo cabe conservar aquella referida a los hechos de la causa. El art.587 añade que la correspondencia que no guarde relación con la causa será entregada de inmediato al sujeto investigado.

El tratamiento de los hallazgos casuales ofrece una doble posibilidad: por un lado, ampliar la línea de investigación ya existente (así en el caso de los delitos conexos, en virtud del art.17 LECrim); por otro lado, iniciar una nueva línea de investigación (ampliación objetiva de la medida inicialmente acordada).

La jurisprudencia entiende esencial la inmediata puesta en conocimiento al Juez de Instrucción para que éste analice los nuevos conocimientos y acuerde, bien continuar la investigación iniciada, bien comenzar una nueva investigación.

A modo de ejemplo, la STS de 12 de diciembre de 2000, que reconoce esa doble posibilidad de otorgar valor probatorio como prueba en otro juicio o como hecho que, en virtud de una autorización judicial ampliatoria, permita iniciar una nueva línea de investigación.

El TS ha venido entendiendo que, en base al principio de proporcionalidad, sólo cabe utilizar los hallazgos casuales si se refieren a delitos para los cuales podría haberse acordado una intervención de las comunicaciones (STS 21 julio 2000).

Asimismo, en la reciente STS 122/2015 establece que si durante una intervención lícita aparecen indicios de otro delito, sólo cabe usar lo averiguado mediante tal intervención cuando conforme al objeto del proceso (del nuevo) pudiera haberse utilizado tal medio de investigación.²¹

²¹ STS 122/2015, de 29 de enero (Sala de lo Militar, Sección 1ª). Ponente: Jacobo López Barja de Quiroga. FJ 3º

El TC también se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la licitud probatoria o no de los descubrimientos casuales. Resulta fundamental la STC 22/2003, de 10 de febrero, que reconoció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la excepción de buena fe creada por el Tribunal Supremo norteamericano, que admite la validez de las pruebas directamente obtenidas con violación de derechos fundamentales en tanto en cuanto concurra buena fe por parte del infractor.

Analizaré esta sentencia más detenidamente en el siguiente apartado relativo a la injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones.

La jurisprudencia del TS y del TC respecto a la importancia del principio de proporcionalidad ha sido fielmente seguida y admitida por los restantes órganos jurisdiccionales de nuestro país. En cambio, entre la doctrina existen ciertas discrepancias en cuanto a la validez probatoria de los descubrimientos casuales o fortuitos.

López-Fragoso entiende que a la hora de decidir sobre la admisibilidad o no de estos hallazgos ha de tenerse en cuenta el criterio de la conexidad, esto es, han de tenerse en consideración dos factores: uno objetivo y otro subjetivo. Para ello habría que analizar si el hecho delictivo descubierto de forma fortuita guarda relación con el hecho que fundamentó la adopción de la medida, teniendo siempre en cuenta al sujeto pasivo de la misma. De tal forma que el autor admite sólo en caso de que exista cierto grado de conexión, subsumible en los supuestos del art.17LECrim, la utilización de los descubrimientos casuales.

No obstante, estos nuevos conocimientos siempre serán tenidos en cuenta como *notitia criminis*, siendo inmediatamente puestos en conocimiento del Juez, para que los valore y acuerde en su caso la apertura de nuevas diligencias independientes de las primeras.

Entiende necesaria realizar una interpretación restrictiva sobre la posible utilización de los descubrimientos casuales obtenidos gracias a una intervención telefónica previamente autorizada. Esto es, no cabría utilizar un hallazgo casual referido a un hecho delictivo totalmente ajeno al investigado en el proceso principal o referido a alguien distinto al sujeto pasivo de la medida.

De tal forma que, si los hechos descubiertos guardan algún tipo de relación con los que motivaron la adopción de la medida de investigación, dichos hallazgos tendrán

valor probatorio en el proceso. Pero si no hay tal conexión y son suficientemente graves como para justificar una intervención de las comunicaciones, tendrán carácter de *notitia criminis* y llevarán a un nuevo proceso e investigación.

Es siempre necesario poner los hechos en conocimiento del Juez para que éste ordene lo que estime conveniente y así evitar cualquier divergencia entre el delito objeto de investigación y el que se investiga en realidad, pues de lo contrario estaríamos ante una injerencia no legítima, tal y como lo ha dispuesto el TC y el TEDH.

A continuación analizaré los dos aspectos clave a la hora de examinar la validez o no de los hallazgos casuales.

i) Aspecto objetivo

Una vez que el Juez conoce de dicho descubrimiento casual, debe valorar si se trata de un delito relacionado con el inicialmente investigado (existiendo, por tanto, conexidad), o si es un delito totalmente independiente del primero. Esto es, de tratarse de delitos conexos, habrán de ser, evidentemente, investigados y enjuiciados en la misma causa; pero si se trata de delitos autónomos, surge el problema de los “hallazgos casuales”.

Debe apreciarse, por tanto, la existencia de conexidad entre el delito buscado y el casualmente hallado para poder decidir si dicha información puede lograr valor probatorio. De tal manera que si existe relación entre ambos, el segundo tendría virtualidad probatoria para poder iniciar la persecución de este nuevo hecho delictivo. Por el contrario, si el nuevo hecho no está relacionado con el delito cuyo esclarecimiento motivó la intervención de las comunicaciones, la información adquirida sólo tendría valor de *notitia criminis*, siempre y cuando el nuevo delito sea considerado grave.

De manera que sólo cabe aceptar como prueba los resultados de dichos hallazgos, en caso de que los nuevos delitos guarden conexión con aquéllos que llevaron a adoptar la diligencia de investigación. En los demás casos, conllevarían una nueva investigación penal, mediante un nuevo proceso y autorización judicial al respecto.

En definitiva, en el supuesto de delitos conexos, se deberá ampliar el ámbito de la primera orden judicial y continuar en la misma causa. En cambio, si no hay conexidad entre el primero y el nuevo hecho delictivo, el Juez, en base al principio de

proporcionalidad, deberá dictar expresamente una autorización para continuar con la medida de investigación e incoar nueva causa para continuar con la investigación nueva.

a) Principio de proporcionalidad y especialidad

Tal y como he descrito anteriormente, el principio de proporcionalidad consiste en graduar la naturaleza del delito, su gravedad, la existencia de medios de investigación menos lesivos y demás circunstancias. Es más, conlleva una ponderación de los derechos afectados: por un lado, los de defensa del imputado, y, por otro, los de persecución de delitos del Estado, prevaleciendo el interés y orden público.

Por su parte, el principio de especialidad exige concretar el alcance de la resolución judicial habilitadora de la diligencia de investigación, para precisar la legalidad de la misma. Así, la resolución judicial se otorga para una investigación específica y determinada, evitando las diligencias de prospección. Esto es, no cabe decretar una diligencia que, como la analizada en el presente trabajo, limita determinados derechos fundamentales, para tratar de averiguar, con carácter general, otros delitos.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que una vez 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. Esto es, de surgir nuevos hechos, no previstos en la solicitud inicial, deberá extenderse la licencia judicial de escucha a los mismos de un modo formal.

A su vez, la STS de 25 de marzo de 2004, respecto al descubrimiento de un delito de lesiones en el transcurso de unas investigaciones mediante las intervenciones telefónicas acordadas, dispone que *“este hecho (el descubrimiento del nuevo delito) fue advertido en el curso de las intervenciones telefónicas autorizadas judicialmente, se comunicó inmediatamente al Juez Instructor, que amplió el objeto de aquéllas al nuevo delito de lesiones, haciéndose constar expresamente en el auto habilitante. No existe, por consiguiente, ninguna vulneración constitucional en la ampliación de las intervenciones telefónicas para dicho hallazgo, que fue casual, y contó con la cobertura judicial resultante de su ampliación”*.²²

²² STS 371/2004, de 25 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar. FJ 8º

Junto con el TS, el TC también ha declarado la necesidad de una inmediata puesta en conocimiento del hallazgo casual al juez. Esta comunicación busca obtener la ampliación de la primera resolución judicial o la emisión de una nueva (con los mismos requisitos de constitucionalidad y legalidad que la anterior).

b) Caso Naseiro: punto de inflexión respecto a la utilización o no de los conocimientos casualmente adquiridos

Mediante Auto de 18 de junio de 1992 el TS anuló como prueba de cargo las conversaciones telefónicas grabadas entre el responsable de finanzas y un alto cargo del Partido Popular.

Su decisión se fundamentó en que la autorización judicial previa se había otorgado para investigar un presunto delito de tráfico de drogas, totalmente distinto al delito por el que finalmente se les acusaba en base a esas conversaciones.

Las grabaciones desvelaron una trama de corrupción urbanística, en relación con la concesión de licencias a empresas constructoras a cambio de comisiones que iban a parar a la financiación del partido. El Juez se inhibió en favor del TS dada la posible implicación de un diputado, que por tanto gozaba del privilegio del aforamiento.

No obstante, el TS declaró que en la fase de instrucción se habían producido varias irregularidades de cierta gravedad. Así, entendió que cuando las conversaciones grabadas empezaron a dejar entrever un delito distinto al que se estaba investigando, el juez debía haber sido informado de dicho hallazgo de forma inmediata para que adoptara la decisión correspondiente.

Tomando como referencia lo dispuesto por el TEDH en el caso *Kruslin* (sentencia de 24 de abril de 1990), que al analizar una escucha ordenada en el marco de un proceso distinto estimó que vulneraba el apartado segundo del art.8 del CEDH, el TS estableció que siempre que la policía advierta que el delito objeto de investigación y el que se deriva de las escuchas no coinciden, debe ponerlo en conocimiento inmediato del juez para que resuelva como proceda.

A partir de este fundamental Auto del TS, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que ante un hallazgo casual cabe, bien iniciar una nueva línea de investigación dentro de la misma causa (ampliando la autorización judicial), bien iniciar una nueva investigación

penal independiente, que pasará a manos del juez competente (dando carácter de *notitia criminis* al hallazgo).

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cabe destacar lo dispuesto por el mismo en su Sentencia 41/1998, de 24 febrero: “*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*”.²³

c) Supuestos más frecuentes de hallazgos casuales

Los descubrimientos casuales pueden aparecer en el transcurso de diversas diligencias de investigación, como pueden ser las de entrada y registro o las de intervención de las comunicaciones. Por ello, cada supuesto tiene un tratamiento diferente, dado el diferente valor de cada derecho fundamental afectado, entendiéndose, con carácter general, como más lesiva la injerencia del art.18CE. Así lo considera el TS, pues la diligencia de entrada y registro se agota en un solo acto, mientras que en el caso de la intervención telefónica, el derecho fundamental se ve afectado durante un período de tiempo más prolongado (STS 3 julio de 2003).

Como analicé en los primeros apartados, las escuchas telefónicas constituyen un grave ataque a la vida privada de las personas, al tratarse de un acto dirigido a interferir de forma directa en las comunicaciones ajenas y conocer su contenido.

Partiendo de la premisa de que la inicial resolución judicial es lícita y válida, al cumplir los requisitos exigidos para adoptar la medida de investigación en cuestión, el problema surge, como he venido analizando en las líneas anteriores, al determinar si resulta igualmente lícito el empleo de la información obtenida de forma casual durante la intervención inicial, tratándose de delitos distintos.

Ante la aparición de un descubrimiento casual resultan ciertamente relevantes los controles que el juez lleve a cabo de forma periódica, pues le permiten valerse de los datos necesarios para ordenar la continuación o no de la intervención telefónica, o la ampliación de su ámbito de aplicación.

²³ STC 41/1998, de 24 de febrero (Sala Primera)

Resulta indiscutible que se vulnera el derecho a la intimidad y el art.18.3 si en el transcurso de una intervención aparece un posible nuevo delito y la policía no lo pone de inmediato en conocimiento del juez que acordó tal intervención, para examinar su competencia y el respeto al principio de proporcionalidad. De lo contrario, la autorización inicial ampararía una prospección general de varias personas mediante sus conversaciones telefónicas, lo cual resultaría inconstitucional e inaceptable.

En definitiva, tanto la doctrina como la jurisprudencia del TS y de TC admiten dos soluciones ante la aparición de nuevos hechos delictivos en la investigación del inicialmente determinado.

Por un lado, considerar que el nuevo delito que se conoce de forma casual es conexo, siendo totalmente válido ese hallazgo. Por otro lado, rechazar la existencia de tal conexidad, cuestionándose la validez del descubrimiento fortuito y debiendo el juez decidir, bien no darle efectos probatorios a ese hallazgo y tomarlo como punto de partida de un nuevo proceso (*notitia criminis*), bien darle plenos efectos probatorios y ampliar la resolución judicial inicial.

ii) Aspecto subjetivo: intervención de terceras personas

Tal y como he indicado al inicio del apartado, mediante la intervención telefónica puede detectarse la relación de terceras personas con hechos independientes o con la causa durante la cual se acuerda la escucha.

Para López-Fragoso la intervención telefónica tiene por finalidad la comprobación u obtención de hechos importantes para la investigación en cuyo seno se ha autorizado la medida, si bien por las condiciones técnicas de ejecución de dicha medida, puede que resulten sujetos pasivos personas distintas del investigado. Ahora bien, siempre y en todo caso, el sujeto investigado ha de participar en las comunicaciones objeto de interceptación.²⁴

Por tanto, los hallazgos casuales pueden llegar a afectar a terceros ajenos a la investigación, pero siempre por la relación que tengan con el investigado; esto es, las

²⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid. Editorial Colex S.A.

comunicaciones que han mantenido con éste han hecho que aparezcan en el procedimiento.

Del mismo modo, se admite la posibilidad de que los descubrimientos casuales produzcan plenos efectos de prueba respecto de terceros ajenos inicialmente a la medida, siempre que la gravedad de los hechos hubiera justificado la adopción de una intervención de las comunicaciones.

No obstante, en ocasiones únicamente se ha venido reconociendo valor probatorio a los hallazgos casuales referidos al propio sujeto pasivo de la medida, excluyendo la utilización de los conocimientos fortuitos y relativos a un tercero. Esto es, en el caso de que los hallazgos se refieran al mismo sujeto pasivo, pero en relación a otro delito, resulta admisible su utilización; mientras que, si los conocimientos adquiridos casualmente hacen referencia a otro sujeto distinto, no habría garantías suficientes como para sostener la validez probatoria de lo descubierto.

Por su parte, el TS considera lícita la ampliación subjetiva de objeto de la investigación tras las informaciones obtenidas en la intervención inicial, existiendo autorización judicial al respecto.

c) Jurisprudencia del TEDH

Para concluir este apartado relativo a los hallazgos casuales resulta conveniente analizar la postura del TEDH, que ha marcado las pautas a seguir en esta materia, sobre todo con las resoluciones de los casos Klass, Malone y Kruslin, a las cuales hacen mención en sus sentencias el TC y TS. La doctrina jurisprudencial del TEDH ha establecido que el juez ha de conocer los resultados obtenidos con la intervención de las comunicaciones y, en caso de que el delito objeto de investigación y el que se deduce de la interceptación sean distintos, debe adoptar la resolución precedente.

A continuación, analizaré algunas sentencias del TEDH clave en materia de hallazgos casuales.

i) Caso *Klass c. Alemania* (6 septiembre 1978)

Tras la promulgación de dos leyes en Alemania, cinco ciudadanos alemanes (Klass, Lubberger, Nussbruch, Pohl y Selb) acudieron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando la violación del art.8.2 del Convenio, pues entendían que tales leyes habían restringido su derecho al secreto de las comunicaciones. Asumían que

dichas disposiciones normativas otorgaran poderes de vigilancia a las autoridades públicas, pero exigían que se establecieran mayores garantías.

El TEDH estimó que es necesaria una cierta conciliación entre las exigencias de la sociedad democrática y las de protección de los derechos individuales. Esto es, ha de lograrse un equilibrio entre el ejercicio por el individuo del derecho del art.8.1 y la necesidad de una vigilancia secreta para proteger al conjunto de la sociedad (art.8.2).

Concluye el TEDH que la normativa alemana no vulnera el art.8, al entender que la injerencia era necesaria para la seguridad y defensa del orden público. Por tanto, a diferencia de las demás resoluciones objeto de análisis, el TEDH en esta ocasión estimó no violado el art.8.

ii) Caso Malone c. Reino Unido (2 de agosto de 1984)

En 1977, el Sr. Malone fue acusado de traficar con mercancías robadas. En el juicio salieron a la luz unas conversaciones telefónicas en las que Malone había sido parte, autorizadas por el Gobierno. En 1978 ejerció acciones civiles contra la policía por entender que la interceptación, monitorización y grabación de conversaciones en sus líneas de teléfono, sin su consentimiento, eran ilegales, pese a contar con una autorización gubernamental. No fue admitido. Es más, el Gobierno defendió que la intervención se había hecho en base a los procedimientos legalmente previstos.

El Sr. Malone se dirigió al TEDH alegando que su correspondencia y teléfono habían sido intervenidos y que se instaló un dispositivo en su teléfono que, aparte de permitir grabar la conversación, registraba todos los números marcados. Por ello, entendía vulnerado su derecho del art.8.1.

Respecto a la intervención de las comunicaciones, el TEDH aclaró que las conversaciones telefónicas quedaban dentro de los conceptos de “vida privada” y “correspondencia” del art.8.

La principal cuestión radica en determinar si las interferencias en ese derecho estaban justificadas al amparo del art.8.2, para lo cual era necesario que estuvieran previstas legalmente y que fueran necesarias en una sociedad democrática. El TEDH entiende que han de estar contempladas en una ley nacional clara y en cierto modo previsible. Exigencias que la ley británica no cumplía.

En cuanto al registro de llamadas realizadas y recibidas, el TEDH no comparte la opinión del Gobierno británico que considera que dicho dispositivo no vulnera el art.8, pues recaba información que cualquier empresa de telefonía puede adquirir. El TEDH entiende que el suministro de esa información a la policía, sin el consentimiento del titular de la línea, conlleva, como la propia intervención, una interferencia en el derecho garantizado por el art.8.

Por todo ello, el TEDH concluye, por unanimidad, que la actuación de la Policía y del Gobierno británico supuso una clara violación del art.8, por no cumplir con las garantías legales necesarias.

iii) Caso Kruslin c. Francia (24 abril 1990)

En este caso, el Juez de Instrucción, durante la investigación del asesinato de un banquero francés, ordenó la intervención del teléfono del principal sospechoso. Muchas de las llamadas intervenidas fueron realizadas por el Sr. Kruslin, quien durante aquella época solía vivir en la casa del investigado. A raíz de esas conversaciones, la policía descubrió evidencias de su participación en el delito investigado y en otro asesinato. Pese a que el Sr. Kruslin alegó que era inocente y que la voz que se escuchaba en las grabaciones no era suya, fue condenado. Interpuso un recurso pues entendía que no debía reconocerse valor probatorio a las grabaciones ya que se acordaron para un proceso distinto, en el que él no formaba parte. Finalmente, fue absuelto de los cargos de asesinato, pero condenado a 15 años de prisión por robo.

Kruslin acudió a la Comisión Europea de Derechos Humanos pues entendía que la interceptación de las conversaciones telefónicas había claramente vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y a la correspondencia del art.8 del Convenio.

El TEDH estableció que la intervención telefónica supuso una injerencia en el ejercicio del derecho del Sr. Kruslin por parte de la autoridad pública. Aclaró que dicha injerencia no conllevaría violación alguna, si estuviera prevista legalmente, tuviera objetivos legítimos y fuera necesaria para el interés de la sociedad.

El TEDH entendió que las escuchas conllevan siempre un grave ataque a la vida privada por lo que deben estar previstas con claridad y exactitud en una ley concreta. Sin embargo, el ordenamiento jurídico francés, en el momento en que ocurrieron los hechos objeto de controversia, no contaba con una norma que precisase con la suficiente claridad

el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad de intervenir las comunicaciones. A partir de esta y otras resoluciones del TEDH, se modificaron varios preceptos del *Code de Procedure Penale*.

iv) Caso Lambert c. Francia (24 de agosto de 1997)

El Sr. Lambert entendía que la intervención que se acordó de algunas de sus conversaciones telefónicas constituía un ataque al respeto de su vida privada y correspondencia. Es más, en este caso, el Tribunal de apelación no le permitió recurrir, por lo que el afectado entendía que esta negativa ya conllevaba una clara violación del art.8 CEDH.

El TEDH concluyó que, en efecto, se había violado el art.8 CEDH, pues faltó el debido control de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas. Se mostró totalmente en contra de la postura del Tribunal de casación, quien consideró que el afectado no gozaba de legitimación activa para invocar la protección de su derecho, esto es, para cuestionar las condiciones en que se efectuó y acordó la prórroga de la intervención telefónica en una línea de un tercero. Para este Tribunal, el sujeto objeto de escuchas telefónicas que no sea titular de la línea intervenida no dispone de la legitimación requerida para recurrir.

Sin embargo, el TEDH, pese a reconocer que la intervención objeto de disputa tenía base legal en el Derecho francés, ajustada a las exigencias del CEDH, concluyó que la normativa no distinguía en ninguna ocasión si el afectado era o no titular de la línea intervenida, por lo que la postura del Tribunal de Casación originaba una evidente indefensión a todos aquellos que utilizaran un teléfono que no fuera el suyo.

v) Caso Matheron c. Francia (29 de marzo de 2005)

El Sr. Matheron fue condenado por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, sin poder discutir la incorporación al proceso de unas escuchas telefónicas realizadas dentro de otro proceso penal, al que él era totalmente ajeno, pero que fundamentaron en gran medida la sentencia condenatoria.

En este caso, el Gobierno francés sí reconoció que la transcripción de las escuchas constituía una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, pero que resultaba amparada por el párrafo segundo del art.8, al tener como finalidad el esclarecimiento de la verdad y la defensa del orden público.

Pese a que el Gobierno francés entendía suficiente muestra de legitimidad el hecho de que las escuchas hubieran sido ordenadas y controladas por un juez, el TEDH dispone que siempre y en todo caso debe quedar opción al interesado de recurrir. Así, concluyó que había habido una vulneración del art.8 CEDH, puesto que el demandante no gozó de la protección plena que se prevé legalmente, con independencia del proceso dentro del cual se ordenaran las escuchas.

En definitiva, como se puede apreciar en estas resoluciones analizadas, el TEDH ha venido sosteniendo que el art.8 resulta vulnerado cuando no existe un control eficaz de las escuchas, especialmente de las acordadas dentro de otro proceso, distinto a aquel por el que fueron inicialmente investigados.

6. INJERENCIA DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: ILCITUD DE LA PRUEBA

a) Aspectos generales

El TC ha dispuesto en innumerables ocasiones que no toda irregularidad que se presente en una intervención de las comunicaciones conlleva ilicitud probatoria; sino sólo aquellas que afecten a los requisitos esenciales, analizados en el apartado segundo, entre los que se encuentra la habilitación legal y autorización judicial previa, así como el control judicial y el respeto al principio de proporcionalidad.

No cabe olvidar que para limitar derechos fundamentales es necesaria una ley orgánica (accesible y previsible) que habilite tal restricción y evite la posible desprotección de los ciudadanos frente a injerencias del Estado (STC 184/2003, 23 octubre).

Por tanto, los jueces no pueden limitar derechos si no se contempla tal posibilidad en una ley o si no cabe inferirse mediante interpretación. Al actuar como límites frente al Estado, estas leyes habrán de ser siempre interpretadas a favor del ejercicio del derecho, de lo contrario se estaría vulnerando la Constitución.

Aparte de una ley habilitadora, se exige también, como ya he indicado, una previa resolución judicial, suficientemente motivada, que reúna los requisitos necesarios (proporcionalidad, oportunidad, necesidad de la medida e idoneidad) y que sea objetiva, para impedir en la medida de lo posible las investigaciones indiscriminadas. La resolución

judicial ha de basarse en indicios de la comisión de un hecho delictivo y estas sospechas deben existir al momento en que el juez adopta la medida.

Por tanto, se entiende que la intervención de las comunicaciones no puede ser nunca el primer acto de investigación a adoptar, puesto que ha de haber habido una previa labor investigadora de la que se deduzcan indicios suficientes que justifiquen la interceptación.

Del mismo modo, tampoco cabe abrir un proceso en base a una grabación ilícita, salvo en el caso de que la grabación la haya efectuado uno de los interlocutores, puesto que en ese supuesto el derecho al secreto de las comunicaciones no se ve afectado.

La intervención de las comunicaciones ha de ordenarse en la investigación de hechos delictivos de cierta entidad, por lo que no cabe iniciar una intervención telefónica para esclarecer infracciones penales leves, ni mucho menos para indagar en infracciones administrativas.

Además, al adoptar la medida de investigación han de indicarse expresamente los sujetos que se verán afectados por la misma, los hechos investigados y los teléfonos o aparatos que serán intervenidos.

Por último, es necesario que la limitación del derecho sea objeto de control judicial, desde que comienza hasta que concluye.

En definitiva, estos son los requisitos cuya inobservancia conlleva ilicitud probatoria.

b) Prueba ilícita

Cuando en la ejecución de una orden de intervención de las comunicaciones (por ejemplo, una escucha telefónica) se vulnera algún derecho fundamental, el juez no puede conferirle valor probatorio, pues se trataría de una prueba ilícita.

El art.11.1 LOPJ dispone que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*; por lo que las pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales no tendrán validez ni permitirán destruir la presunción de inocencia.

La jurisprudencia se ha mostrado unánime al no admitir como prueba la derivada de la vulneración de derechos fundamentales. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, es, como ya he indicado en apartados anteriores, clave en esta materia, pues de ella derivó la redacción final del art.11.1LOPJ. La misma determinó que *“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”*.

25

Continúa el TC analizando el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida como un conflicto de intereses, *“debiendo 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 interés públicos ligados a la fase probatoria del proceso”*. Por tanto, la prueba ilícita es nula y no cabe valorarla.

No obstante, en la misma sentencia, el TC plantea la hipotética valoración de una prueba ilícitamente obtenida. Establece que la recepción de una prueba antijurídicamente lograda no conlleva la lesión de un derecho fundamental siempre y en todo caso.

Ahora bien, a continuación aclara que *“con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida – y la decisión en ella fundamentada – hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación y la consiguiente posible lesión no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art.24.2)”*.²⁶

²⁵ STC 114/1984, de 29 de noviembre (Sala Segunda) FJ 4º

²⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre (Sala Segunda) FJ 2º

Para demostrar que no existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita, el TC recuerda la doctrina de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule* de la Corte Suprema de EEUU. Según la misma, el material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda no puede ser admitido por ningún juez. La Corte declaró que dicha regla que excluye la prueba obtenida con violación de la IV Enmienda pretende garantizar los derechos que dicha enmienda reconoce, mediante un efecto disuasorio y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada.

c) Prueba ilícita – prueba irregular

La reciente STS 115/2015, de 5 de marzo, resulta interesante para diferenciar entre la prueba ilícita y la prueba irregular, distinción no del todo clara en la práctica. El TS entiende que existe “*en nuestro ordenamiento un concepto de prueba ilícita referido exclusivamente a la que es obtenida violentando derechos y libertades fundamentales, de manera que por definición, se concibe otra suerte de ilicitud probatoria simplemente ordinaria, que se ha dado en llamar prueba irregular, cuyos efectos no podrían ser parejos a la anterior por mor del derecho fundamental a la prueba (art.24.2CE)*”.²⁷

La diferencia entre la prueba ilícita y la irregular se advierte, en palabras del TS, en un segundo grado, en relación con las pruebas relacionadas con las mismas. Mientras que para las derivadas de las ilícitas se impone la ineficacia, como consecuencia de la doctrina de los “frutos del árbol envenenado”; para las derivadas de las irregulares, no existe tal consecuencia directa en virtud del art.242LOPJ, permitiendo lograr la convicción por otros medios de prueba.

Por tanto, en la práctica se advierte esta diferencia en la posibilidad de recuperar el material probatorio derivado de la prueba irregular, al admitirse pruebas subsidiarias que permiten subsanar dicha irregularidad (por ejemplo, la testifical o la confesión), algo imposible en el caso de pruebas ilícitas.

d) La conexión de antijuridicidad

La ilicitud de una prueba alcanza a otras relacionadas directamente con aquella, pese a no haber infringido ningún precepto en su obtención. Es la ya mencionada doctrina

²⁷ STS 115/2015, de 5 de marzo. (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. FJ 1º

norteamericana de los “efectos de los frutos del árbol envenenado”, frente a la que nuestra jurisprudencia ha desarrollado la “teoría de la conexión de antijuridicidad” (STC 81/1992, de 2 de abril). Según esta teoría, si no existe un nexo causal que lleve a apreciar una conexión entre la prueba ilícita y la que deriva de la misma, ésta será considerada independiente, pudiendo gozar de valor probatorio (STC 197/2009, de 28 de septiembre).

La STS 737/2009, de 6 de julio establece que *“la no superación de este control de legalidad convierte en ilegítima por vulneración del art.18 de la Constitución con una nulidad insubsanable, que arrastrará a todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie esa “conexión de antijuridicidad” (...) supone una modulación de la extensión de los efectos de prueba indirecta o refleja en relación a la prueba nula – teoría de los frutos del árbol envenenado – en virtud de la cual, cualquier prueba que directa o indirectamente y por cualquier nexo se le pudiera relacionar con la prueba nula, debía ser igualmente, estimada nula”*.²⁸

La STS 116/2013 establece los presupuestos que deben darse para considerar que la nulidad por vulneración del derecho fundamental se transfiere de forma mediata a una prueba que directamente no produjo dicha vulneración.

En primer lugar, debe tratarse de una fuente de prueba obtenida con violación del derecho fundamental reconocido en la Constitución, esto es, no debe tratarse de una mera irregularidad procesal.

En segundo lugar, la nulidad de dicha prueba en el proceso no obsta a la valoración de otras pruebas con origen completamente independiente que permitan acreditar los hechos objeto de investigación; puesto que faltando una conexión causal entre ambos medios probatorios, el no obtenido con vulneración de derechos fundamentales está “limpio de toda contaminación”.

El TC ha precisado en diversas sentencias que la valoración de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales requiere un análisis a dos niveles. Ha de analizarse primero si existe o no conexión causal entre las pruebas, pudiendo hablarse por tanto de pruebas derivadas.

²⁸ STS 737/2009, de 6 de julio (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Joaquín Giménez García. FJ 4º

En caso de que dicha conexión exista, se debe examinar la conexión de antijuridicidad, que de no existir legitimaría la posibilidad de valorar la prueba derivada. Por lo que de no existir la conexión causal mencionada anteriormente no se debería analizar la conexión de antijuridicidad, no existiendo por tanto prohibición alguna para darle valor probatorio.

Así, se considera lícita la valoración de pruebas que se hallen “casualmente” conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero independientes jurídicamente: las pruebas derivadas o reflejas.

En definitiva, el TC deslinda claramente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión de la nulidad de una prueba y las consecuencias que implica: la mera conexión de causalidad no basta para extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino que hace falta una conexión de antijuridicidad.

Para determinar si existe o no esa conexión de antijuridicidad, en primer lugar se debe analizar la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, materializadas en la prueba originaria, así como su resultado. De tal forma se podría determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla.

Asimismo, debe analizarse, desde una perspectiva externa, las necesidades esenciales de tutela que la efectividad del derecho del art.18.3CE exige. Para el TC ambas 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 167/2002).²⁹

Así, a modo de ejemplo, si se vieran afectadas las cintas en que se graban las conversaciones y sus transcripciones, no se podría incorporar al proceso el contenido de las conversaciones grabadas mediante las declaraciones de los policías que llevaron a cabo tales escuchas, pues de esa forma estaría accediendo al proceso un conocimiento

²⁹ STC 167/2002, de 18 de septiembre. (Pleno) FJ 6º

adquirido gracias a una prueba constitucionalmente ilícita (STS 210/2012, STC 105/2003).

De igual forma, la jurisprudencia del TS ha venido exigiendo establecer una clara diferenciación entre las pruebas originales nulas y las derivadas de éstas, directa o indirectamente (en virtud del art.11.1LOPJ), de otras pruebas independientes y autónomas de la prueba nula.

Ello se debe a que *“si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el medio en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas exclusivamente obtenidas a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se dé la ya referida conexión de antijuridicidad entre la prueba prohibida y la derivada”*.³⁰

Pese a admitirse con carácter mayoritario esta postura del TC, existe un sector minoritario de la jurisprudencia que no respeta del todo el principio general establecido por el TC. Así, en la STS 2/2011, de 15 de febrero, pese a que la mayoría de la Sala Segunda del TS defiende, al igual que el TC, que la conexión causal no es suficiente para extender la invalidez de una diligencia de investigación a la confesión efectuada posteriormente con todas las garantías, aunque se entienda que sin dicha diligencia inválida no hubiera habido declaración autoincriminatoria, algunos magistrados reflejaron su postura contraria mediante sus votos discrepantes.

Por ello, la sentencia incorpora algunos requisitos, que hacen que el principio general establecido por el TC resulte prácticamente inaplicable.

Los requisitos necesarios para la posible convalidación, como prueba válida, de las declaraciones prestadas a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de algún derecho fundamental, que constituyen la teoría de la desconexión

³⁰ STS 730/2012, de 26 de septiembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre. FJ 3º

de antijuridicidad, vienen recopilados en la STS 91/2011, de 9 de febrero y son los siguientes:

- la declaración debe prestarse o ratificarse en el acto del juicio oral, con asistencia de letrado y con pleno conocimiento de los efectos convalidantes que su confesión tiene sobre las pruebas, presumiblemente nulas, al vulnerar algún derecho fundamental;
- el sujeto no puede retractarse en el acto del juicio oral de la confesión prestada anteriormente, con respeto a las garantías ya anunciadas;
- la confesión, aparte de ser voluntaria y libre, ha de ser completa, esto es, el sujeto debe admitir su responsabilidad penal por los hechos confesados (en ningún caso cabe utilizar de forma fragmentaria la declaración, utilizándola sólo en los aspectos contrarios para el confesante y excluyendo los favorables).

En definitiva, para que tenga lugar esa desconexión, es necesario que la confesión esté absolutamente desvinculada de la anterior infracción del derecho fundamental, siendo el interesado plenamente consciente de los efectos de su declaración, que implica la exclusión de cualquier vínculo jurídico con la diligencia de investigación declarada nula.

En este aspecto, el TC es más tajante y su postura más uniforme, pues excluye del “efecto dominó” las declaraciones voluntarias del acusado, que se hayan prestado con todas las garantías.

e) El art.24CE

En ocasiones, la valoración de una prueba ilícita puede implicar la vulneración de los derechos del art.24 CE, tanto el derecho a un proceso con todas las garantías, como la presunción de inocencia.

El TS, en su sentencia 116/2013 entre otras, aclara que su ámbito de conocimiento casacional cuando se alega la vulneración del art.24.2CE se limita a tres aspectos:

- la comprobación de si el juez de instancia contaba con prueba de cargo suficiente que fundamentase la sentencia condenatoria;

- la comprobación de que tales pruebas han sido obtenidas sin vulnerar derechos fundamentales, debiendo estar incorporadas al proceso cumpliendo todas las garantías constitucionales y legales;
- la comprobación de que el juez ha motivado suficientemente sus conclusiones.

f) El art.11.1LOPJ y los hallazgos casuales

Para concluir este apartado relativo a la ilicitud de la prueba obtenida con vulneración del derecho del art.18.3CE, me gustaría analizar brevemente cómo opera el art.11.1LOPJ en relación con los hallazgos casuales, analizados en un apartado anterior.

El art.11.1LOPJ establece que las pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales no producen efectos en el proceso. Esto es, la diligencia realizada sin respetar las garantías debidas deviene nula de pleno derecho, no pudiendo ser utilizada como elemento probatorio.

Por ello, resulta crucial determinar si los hallazgos casuales entran dentro de la esfera de la ilicitud probatoria, ya que de no ser así, lo hallado casualmente y los demás medios probatorios derivados tendrían virtualidad probatoria.

Si se considera que el auto por el que se acuerda la interceptación de las comunicaciones da cobertura a la diligencia, los hallazgos casuales estarían igualmente protegidos y no habría indefensión alguna. En cambio, si se considera que ha existido una extralimitación, en cuanto al objeto que fundamentó el auto de autorización, el resultado que se obtenga sería, evidentemente, ilícito.

El descubrimiento casual al ser imprevisible y producirse como consecuencia de la ejecución de una determinada diligencia (en virtud de una autorización judicial), no vulnera el derecho fundamental. Ahora bien, en cuanto se descubre ese nuevo hecho, la diligencia ha de detenerse y poner el hallazgo en conocimiento del juez competente para que resuelva lo que proceda.

De tal forma que sólo si, pese al hallazgo casual, se continúa con la diligencia, sin advertírsele al juez, puede estarse ante una ilicitud probatoria. Considero que esta es la solución más adecuada, logrando un cierto equilibrio entre los intereses de la sociedad en la persecución de delitos y el necesario respeto de los preceptos constitucionales. Y es que los hallazgos casuales no derivan de una conducta arbitraria de quien investiga el

hecho delictivo, sino de sucesos imprevisibles que se dan en el curso de una diligencia de investigación, acordada y motivada cumpliendo con todas las garantías.

III. ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

1. Antecedentes y estado actual de la tramitación del texto

El 5 de diciembre de 2014 se presentó en Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas.

En virtud de la función que el art.561.2 LOPJ atribuye, el 10 de diciembre el Anteproyecto llegó al CGPJ a efectos de evacuación del correspondiente informe, siendo ponentes D. Juan Manuel Fernández Martínez, D. Fernando Grande-Marlaska y D. Rafael Mozo Muelas.

El 13 de marzo de 2015 fue aprobado en Consejo de Ministros el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Actualmente, tras haber transcurrido el plazo destinado a enmiendas, se encuentra en la Comisión de Justicia sujeto a debate en su totalidad.

2. Motivos de la reforma

La propuesta de Código Procesal Penal, que fue presentada por la Comisión Institucional para la elaboración de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, y que está actualmente en fase de información pública y debate, plantea un cambio absoluto del sistema de justicia penal que requiere de un amplio acuerdo de todos los partidos y sectores.

Sin embargo, mientras ese debate persiste, no cabe mantener la LECrim inalterada y seguir aplicando una normativa ciertamente deficiente para la sociedad actual. Los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades al alcance del delincuente, pero también resultan herramientas de investigación muy útiles para los poderes públicos.

Tal y como refleja la Exposición de Motivos del Anteproyecto, es necesario encontrar un equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a nuevos hechos delictivos y el espacio de exclusión constitucionalmente garantizado a cada ciudadano frente a terceros. El TC ha destacado en innumerables ocasiones la necesidad de una regulación de las intromisiones en la privacidad del sujeto pasivo de un proceso penal que, a día de hoy, carecen de cobertura.

Es más, el TJUE ha declarado nula la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (15 marzo de 2006), sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones.

Ante tal estado de interinidad y clara insuficiencia los poderes públicos deben aportar soluciones legislativas urgentes, como se pretende mediante esta reforma.

Esta reforma de la LECrim que se está impulsando comprende medidas que desarrollan derechos fundamentales y otras de carácter meramente procesal, que serán tramitadas mediante normas de distinto rango.

Se considera adecuado que la regulación del reforzamiento de los derechos procesales de los encausados y detenidos y la regulación de las medidas de investigación limitativas del art.18CE se regule en una norma ad hoc de rango orgánico, con vistas a la futura elaboración del marco normativo mencionado anteriormente (el Código Procesal Penal).

El Consejo de Ministros presentó los tres objetivos fundamentales de la reforma de la LECrim: la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la seguridad jurídica, y la regeneración democrática y la lucha contra la corrupción.

Precisamente dentro de ese fortalecimiento de las garantías se incardina la regulación de las medidas de investigación tecnológica objeto del presente trabajo. Estas medidas se contemplan de tal forma que, en palabras del Gobierno, “se da carta de naturaleza legal a la jurisprudencia de TS y TC”.

3. Principales novedades

La nueva regulación sigue los principios definidos por el TC como determinantes de la validez del acto de injerencia. La reforma opta, frente a otros modelos de otros ordenamientos con enumeraciones casuísticas de los delitos para los que cabe recurrir a estos medios de investigación, por exigir la concurrencia no cumulativa de cualquiera de los tres requisitos definidos en el art.588bis.

El primero opera como limitación genérica, de carácter cuantitativo, según la gravedad de la pena (delitos dolosos con pena máxima superior a 3 años de prisión). Junto a este requisito, se contemplan otros dos: que se trate de delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o que se trate de delitos de terrorismo. Asimismo, se contemplan los delitos cometidos mediante instrumentos informáticos.

La reforma trata de paliar las lagunas del actual art.579, autorizando la intervención y registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realicen a través del teléfono o de cualquier otro sistema de comunicación telemática o virtual.

Se pretende que sea el propio juez el que valore la gravedad del hecho investigado y determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución debe precisar con claridad el ámbito objetivo y subjetivo de la medida, motivando si el sacrificio de las comunicaciones telefónicas no es suficiente y si la investigación exige, además, la interceptación de los SMS u otra forma de comunicación telemática bidireccional (los mensajes vía WhatsApp).

Se establece una duración máxima de 3 meses, ampliables y prorrogables previa petición razonada por períodos sucesivos de igual duración (hasta un máximo de 2 años, siempre que subsistan las causas que motivaron la medida).

Con esta limitación temporal se pretende lograr un equilibrio entre la necesidad de valerse de estas diligencias para la investigación de los delitos más graves para la sociedad y la importancia de definir unos límites cronológicos que no prolonguen de forma innecesaria la interferencia de los poderes públicos en la privacidad de los ciudadanos afectados por la medida.

Por otro lado, se limita el uso de las grabaciones en un proceso distinto y se regula el borrado y eliminación de las grabaciones originales, garantizando así su adecuación a

la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.³¹

Se sigue el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, e impone la exigencia de autorización judicial para su cesión a los agentes facultados. Sólo se autoriza su incorporación al proceso si el delito investigado justifica el sacrificio de la inviolabilidad de las comunicaciones.

Para garantizar la integridad y autenticidad de los soportes puestos a disposición del juez, se establece un sistema de firma electrónica.

Otra novedad destacable es el reflejo de la importancia indispensable que la captación y grabación de comunicaciones orales abiertas mediante el empleo de dispositivos electrónicos puede tener en la investigación de determinados delitos.

Es un aspecto carente hasta ahora de regulación y que el Anteproyecto analiza partiendo de dos ideas clave: la exigencia de que sea el Juez de Instrucción quien legitime el acto de injerencia y la necesidad de que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad justifiquen la medida.

4. Valoración de la reforma

Tal y como reflejó el CGPJ en su Informe, un aspecto destacable de la reforma es la inclusión de las comunicaciones telemáticas, y no sólo las telefónicas, comprendiendo así las nuevas formas de comunicación que tan en auge se encuentran en la actualidad, como es el caso del sistema WhatsApp.

Esta reforma hace que el art.579 LECrim se complemente con una nueva redacción del Título VIII del Libro II en el que se incluyen las nuevas tecnologías. Constará de cuatro apartados: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes; y registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

³¹ ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (1998). *La protección de datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*. Agencia de Protección de Datos, Madrid.

En definitiva, la regla general incorporada con la reforma es que para acordar una medida de intervención de las comunicaciones de cualquier clase (vía teléfono u otro medio de comunicación telemática, lógica o virtual) se requerirá autorización judicial. El juez, para acordarla, debe seguir los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Además, el Proyecto de Ley establece que, en ningún caso, la captación y grabación de conversaciones privadas podrán incluir las entrevistas del sujeto investigado o detenido con su abogado, salvo que éste también esté siendo investigado por los hechos en cuestión.

IV. DERECHO COMPARADO

En este último apartado me gustaría destacar la regulación y los aspectos más relevantes de la intervención de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos y de Francia, para poder tener una visión más general del tema tratado en este trabajo y así poder realizar una comparativa con la situación actual en nuestro ordenamiento.

1. Estados Unidos

Para analizar la interceptación de las comunicaciones en el ordenamiento norteamericano considero adecuado examinar dos sentencias clave de su Tribunal Supremo: *Katz c. EEUU* y *Berger c. Nueva York* (ambos de 1967).

Especialmente en la resolución del primero el Tribunal amplió incuestionablemente el alcance de la IV Enmienda³², al requerir una infracción de la justificada expectativa de intimidad. Ahora bien, desde entonces ha adoptado una opinión bastante más limitada respecto a cuándo debe considerarse justificada una expectativa de intimidad.³³

³² *Amendment 4 – Search and Seizure: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*

³³ ISRAEL, J.H, KAMISAR, Y. y otros. (2012). *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia. Edit. Tirant lo Blanch. pág.173

En el asunto *Katz*, se le plantearon al Tribunal Supremo dos cuestiones relacionadas con presuntas vulneraciones de la IV Enmienda: 1) si una cabina pública era considerada área constitucionalmente protegida, siendo por tanto contraria al derecho a la intimidad del usuario la grabación en ella obtenida; 2) si era necesaria la entrada física en tal área para que una investigación llegue a ser considerada contraria a la IV Enmienda.

El Tribunal establece que la Enmienda protege a las personas, no los lugares; esto es, lo que una persona conscientemente expone al público, incluso en su propia casa u oficina, no entra en el ámbito de protección constitucional. Ahora bien, en contra de la postura del Gobierno que entendía que al ser la cabina de cristal, el sujeto no tomó todas las precauciones necesarias, el Tribunal dispone que lo que el sujeto pretendía evitar no era que lo vieran, sino que lo oyeran. De manera que Katz no renunció a ese derecho por el simple hecho de llamar desde un lugar público y visible.

El Tribunal establece que al igual que una persona en su oficina, en el apartamento de un amigo o en un taxi, quien utiliza una cabina telefónica confía en la protección de la IV Enmienda. Así, quien la ocupa, cierra la puerta y paga la llamada, presume que sus palabras no serán retransmitidas.

Ahora bien, el Gobierno sostuvo que lo realizado por los agentes no debería supervisarse bajo los requisitos de la IV Enmienda, puesto que la técnica de vigilancia empleada no implicó penetración física en la cabina.

Aunque en el asunto *Olmstead* el Tribunal (con división de opiniones) estableció que la vigilancia sin acceso físico y sin apoderamiento de objeto material alguno quedaba fuera del amparo constitucional; la tendencia ha variado. Desde entonces, el TS ha venido sosteniendo que la IV Enmienda abarca no sólo el apoderamiento de objetos tangibles, sino también la grabación de manifestaciones orales, interceptadas sin ninguna intrusión en la propiedad. Por ello, resulta evidente que la protección constitucional no depende de si ha habido o no presencia física.

El Tribunal concluye que la actuación de los agentes interceptando y grabando las conversaciones vulneró la privacidad en la que razonablemente confiaba el usuario de la cabina. Es más, pese a haber actuado con cautela y control, la ausencia de orden judicial habilitadora y la falta de control judicial posterior determinan la vulneración de la IV Enmienda (al no entrar tampoco dentro de las excepciones previstas).

En definitiva, el Tribunal del caso *Katz* entiende que esté donde esté el ciudadano puede y debe suponer que está protegido frente a vigilancias sin razón. La autorización previa es un requisito constitucional para la legalidad de las escuchas telefónicas.

En *Berger c. Nueva York*, el TS analiza la validez de la normativa del Estado de Nueva York, de acuerdo con la IV, V, IX y XIV Enmienda. Dicha normativa parece permitir un sistema de vigilancia que incluye intromisión en lugares constitucionalmente protegidos, autoriza “búsquedas generales” en base a “meras evidencias”, y resulta contraria al derecho a no autoincriminarse.

El Tribunal Supremo realiza un repaso de los casos más relevantes en esta materia: *Olmstead* (en el que no se apreció violación de la IV Enmienda puesto que la colocación de los aparatos se hizo sin entrada en el lugar), *Goldman* (en el que por el mismo motivo, no se apreció violación alguna, ya que se colocó el aparato en la parte de fuera de la oficina), *On Lee* (en el que tampoco se apreció violación al no haber intromisión) o *Silverman* (donde sí hubo entrada física).

El TS recordó que la IV Enmienda exige que la orden de autorización se base en una causa probable que la justifique, pero también que se describa con exactitud el lugar y las personas objeto de investigación. Este aspecto no lo cumplía la normativa de Nueva York, ya que no contemplaba ningún requisito para la autorización, dando pie a un uso indiscriminado de los aparatos electrónicos de escucha (algo que resultó claramente condenado en la resolución del caso *Osborn*).

Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye que no cabe emitir una orden que autorice estas escuchas si no cumple los requisitos de la IV Enmienda. Establece que los Estados deben ajustar sus normativas a los estándares constitucionales de la IV Enmienda para que las interceptaciones realizadas en base a dichas normativas sean válidas. En este caso, la redacción de la normativa del Estado de Nueva York era poco concreta y permitía intromisiones en la privacidad del hogar o la oficina, en base a una autorización general, contraria a las exigencias de la IV Enmienda.

Dado que los dos casos examinados son de 1967, cuando la principal forma de comunicación era el teléfono y las cabinas públicas tenían una gran importancia, la doctrina ha intentado, de alguna forma, actualizar y adaptar a los nuevos medios de comunicación electrónicos lo dispuesto por el Tribunal Supremo.

Así, el asunto *Warshak* permite determinar si cabe aplicar la solución dada en los casos anteriores a la interceptación de emails, al cuestionarse por primera vez la constitucionalidad de la “Electronic Communications Privacy Act” de 1986, que pese a abarcar muchos de los métodos más modernos de investigación electrónica, no incluye el tráfico de datos web.

En *Warshak*, el Gobierno defiende que la normativa permite a los agentes pedir a los proveedores emails almacenados, sin obtener previamente una autorización judicial fundamentada en una causa probable. El Sr. Warshak, por su parte, solicita al TS bien interpretar la normativa en el sentido de que exige una autorización previa, bien determinar que sus preceptos son inconstitucionales.

Aunque puede parecer evidente la analogía entre las comunicaciones telefónicas y las electrónicas (emails), existen determinadas diferencias que impiden aplicar los precedentes judiciales que he examinado antes. Además, parte de la doctrina norteamericana entiende que la valoración de la “expectativa razonable de privacidad” no opera en el contexto de las nuevas tecnologías; pues de aplicarlo, los Jueces deberían analizar la imagen que los ciudadanos tienen de las nuevas tecnologías, para saber qué nivel de privacidad esperan y exigen de ellas.

Ante casos de medidas de investigación tecnológica, los Tribunales deben buscar un equilibrio entre el interés en obtener cuanta más información posible para descubrir delitos y el interés de los usuarios en impedir una intromisión excesiva del Gobierno en sus vidas.

Para ello, hay una tendencia a seguir un sistema que se centra en la naturaleza de la vigilancia electrónica, permitiendo así concretar si dichas prácticas implican una lesión de la IV Enmienda y necesitan de intervención judicial.

La doctrina y jurisprudencia norteamericana coinciden en que el sentido con el que se diseñó la IV Enmienda era prevenir el uso excesivo de autorizaciones generales de las que se abusaba y que otorgaban una autoridad excesiva al Ejecutivo para investigar en zonas privadas, sin ninguna razón concreta para creer que dichas investigaciones llegaran a ser fructíferas. La IV Enmienda exige, con absoluta claridad, que toda autorización que se emita debe tener una base sólida de hechos y causa probable.

Teniendo en cuenta que las tecnologías en sí, la información disponible y los métodos mediante los que se adquiere son nuevos, los Tribunales no deben caer en el error de aplicar analogías erróneas. Al contrario, deben valorar la constitucionalidad de la medida en base al “test de los cuatro factores”, que se centra en lo que la IV Enmienda entiende importante:

- Oculito

Resulta obvio que aquellas investigaciones llevadas a cabo en secreto necesitan de una mayor participación y aprobación judicial que aquellas que no son secretas. La adquisición de emails almacenados puede considerarse oculta, tanto como las escuchas o video-vigilancias secretas. De hecho, el objetivo de la escucha tiene más probabilidades de descubrir que está siendo investigado que aquél cuyos emails son intervenidos (al conseguirlos de un servidor, sin acercarse al sujeto investigado).

- Intrusivo

Se debe analizar la importancia de la información lograda, para así valorar el grado de intrusión que comporta la medida. Gran parte de la doctrina entiende que como los emails contienen más datos personales que las llamadas o los vídeos, la interceptación de emails almacenados afecta más a la privacidad personal.

- Indiscriminado

El daño debe ser minimizado de forma que la investigación sólo afecte a lo necesario para descubrir hechos incriminatorios. Por lo que la vigilancia debe someterse a un estricto control judicial para garantizar que no se intervienen comunicaciones no relevantes para la causa.

- Continuo

Las investigaciones ininterrumpidas son más proclives a ser intrusivas e incriminatorias, por lo que la investigación ha de tener una duración determinada y no facilitar el acceso excesivo a información personal.

Estos cuatro aspectos deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar la constitucionalidad y adecuación de una medida de investigación que comporte la

interceptación de comunicaciones de todo tipo, para respetar los derechos del sujeto afectado.

2. Francia

Por último, realizaré una breve comparativa entre la normativa francesa y la pretendida reforma de nuestra LECrim.

El Código Procesal Penal francés dedica sus arts.100 a 100-7 a la regulación de las interceptaciones de correspondencia emitidas a través de las telecomunicaciones.

Se contempla la interceptación, grabación y transcripción de dichas comunicaciones para delitos con pena igual o superior a 2 años (la reforma de LECrim planteada establece estas medidas para delitos con límite máximo de pena de al menos 3 años o para otros delitos concretos). Estas actuaciones serán siempre realizadas bajo autoridad y control judicial, siendo la decisión por la que se adopten dichas medidas irrecurrible.

La autorización judicial para intervenir las comunicaciones debe ser motivada: con referencia a los datos necesarios para identificar la comunicación objeto de investigación, el hecho delictivo que motiva la adopción de tal medida y la duración de la misma.

En Francia la duración máxima es de 4 meses (renovables sólo si se cumplen las mismas condiciones que permitieron la adopción de la medida); mientras que en la nueva propuesta de LECrim, se contempla una duración máxima inicial de 3 meses, prorrogables por períodos de igual duración hasta un máximo de 2 años (siempre que subsistan las causas que motivaron la interceptación).

El Código Procesal Penal francés da un papel activo al Juez de Instrucción en la ejecución de la medida, pues él, o miembro de la policía judicial en quien delegue, solicita al proveedor de servicios la instalación del dispositivo, levanta acta de cada actuación y transcribe la información útil para el esclarecimiento de la verdad (transcripción que pasa a incorporarse al sumario).

El art.100-5 (última modificación con la Ley nº2005-1549 de 12 de diciembre de 2005 art.38 Diario Oficial de 13 de diciembre de 2005) señala que, bajo pena de nulidad, no cabe transcribir las comunicaciones del sujeto con su abogado en el ejercicio de su derecho de defensa.

En cuanto a la destrucción de las grabaciones, la regulación francesa contempla que, a instancias del Fiscal o Fiscal Jefe, se procederá a la destrucción de las mismas una vez expirado el plazo de prescripción de la acción pública. La nueva redacción del art.588 bis n. LECrim contempla que una vez se dicte resolución firme y concluya el proceso, se procederá al borrado de los registros originales que consten en los sistemas empleados en la interceptación. No obstante, el Juez de Instrucción conservará una copia, que será destruida al transcurrir 5 años desde que la pena se ejecute o el delito o la pena prescriban.

Por último, el art.100-7 del Código Procesal Penal francés (última modificación con la Ley n°2004-204 de 9 de marzo de 2004 art.5 Diario Oficial de 10 de marzo de 2004) enumera unos supuestos en que se limita la interceptación de las comunicaciones: de las líneas de diputados o senadores, sin que el presidente de la Asamblea correspondiente sea informado de ello por el juez; de la línea del bufete o domicilio de un abogado, sin que el decano del colegio sea previamente informado por el juez; y de la línea del despacho o domicilio de un magistrado, sin que el fiscal jefe correspondiente sea informado de ello.

Por su parte, la reforma de la LECrim incluye la exclusión de las comunicaciones que el sujeto mantenga con su abogado, salvo si éste se halla también encausado por los mismos hechos o conexos y existe autorización judicial (art.588 bis o.).

V. CONCLUSIONES

Para concluir este estudio de la intervención de las comunicaciones dentro del proceso penal, me gustaría, en primer lugar, realizar un breve análisis de la nueva reforma presentada, haciendo hincapié en algún aspecto que a mi entender puede ser mejorado; en segundo lugar, reflexionaré acerca de uno de los apartados del presente trabajo que más análisis y debate doctrinal y jurisprudencial ha generado (los hallazgos casuales); y finalmente, haré una valoración personal respecto al tema tratado y examinado en estas páginas.

PRIMERA.- Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La nueva reforma en tramitación resulta eficaz y necesaria para plasmar en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal los criterios empleados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional para paliar la hasta ahora insuficiente regulación de las medidas de investigación tecnológica, con gran repercusión en los derechos del art.18CE.

Pese a que, en general, me parece una reforma acertada, acercando nuestra regulación a la de otros países y adaptándola a las directrices del TEDH, considero que debería precisarse más los delitos cuya investigación justifica la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones. De no establecer un listado más preciso, se vulnera en cierto modo el principio de proporcionalidad, tan necesario para el respeto de los derechos en el proceso penal. El listado de delitos del nuevo 588 bis b) puede dejar fuera ciertos delitos con gran repercusión social, como determinados casos de abuso o acoso sexual (arts.182.1 y 184CP) y alguna modalidad de blanqueo de capitales.

Por tanto, considero que una mayor concreción de los delitos que pueden motivar una interceptación de las comunicaciones, pero contemplando una cláusula de cierre que permita incluir aquellos delitos análogos a los expresamente recogidos en el listado, haría que nuestra regulación se ajustara en mayor medida a las exigencias impuestas por el TEDH respecto a las condiciones legitimadoras de la injerencia en el derecho del art.18.3CE.

SEGUNDA.- Hallazgos casuales

Un aspecto especialmente relevante, y en ocasiones problemático, de la interceptación de las comunicaciones son los hallazgos casuales, analizados en el apartado II.5 del presente trabajo y contemplados en el art.588 bis m) de la nueva redacción de la LECrim.

En mi opinión, ha de reconocerse validez probatoria a los hechos delictivos descubiertos en el marco de una intervención acordada con todas las garantías, pero siempre existiendo una autorización judicial que amplíe el ámbito objetivo de la investigación inicial o que dé comienzo a una nueva investigación totalmente autónoma.

De manera que esa *notitia criminis* derivada de un hallazgo casual, pero amparada por una autorización judicial, no sea ilegítima y goce de valor probatorio, al respetar el principio de proporcionalidad.

La autorización judicial y el cumplimiento de las restantes garantías constitucionales hacen que tanto el principio de proporcionalidad, como el de especialidad se vean respetados cuando los sujetos son finalmente enjuiciados por un delito distinto al que motivó la adopción de la medida de investigación, como

consecuencia de los hallazgos fortuitos; siendo totalmente válida la intervención de las comunicaciones en la que se sustenta la condena.

En cuanto al aspecto subjetivo de los hallazgos casuales, entiendo que si en el marco de la investigación inicial a una persona determinada, se descubre la intervención de un tercero, sea cual sea la relación que tenga con el sujeto pasivo de la medida, habrá de otorgársele el carácter de sujeto investigado, para que goce de todas las garantías propias de la intervención, entre las que destacan el control y motivación de la medida.

Por tanto, coincido con la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia que admiten la validez de estos descubrimientos, siempre garantizando la existencia de un control judicial adecuado y el respeto de los derechos de los sujetos afectados por la medida.

TERCERA.- Valoración personal

A lo largo de estas páginas he querido analizar una de las diligencias de investigación más frecuentes, útiles y de actualidad, dada la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en curso. La intervención de las comunicaciones, principalmente las telefónicas y electrónicas, en auge gracias a la constante evolución de medios de comunicación como el servicio WhatsApp y otros vía Internet, ha resultado ser una herramienta muy útil para esclarecer hechos delictivos y lograr la detención de sus responsables.

No obstante, es sin duda una de las medidas más cuestionadas, pues afecta a ciertos derechos fundamentales, tales como el secreto de las comunicaciones, la intimidad, y el derecho a la presunción de inocencia.

Por ello, su autorización, ejecución y posterior utilización en el proceso ha de estar en todo momento sometida a un estricto control judicial, evitando así extralimitaciones e injerencias en los derechos en juego. Derechos no sólo del sujeto investigado, sino, especialmente, de terceras personas que mantengan con él conversaciones telefónicas o intercambien mensajes, que pueden ser objeto de interceptación por los agentes competentes.

Considero que el aspecto que más atención merece por parte de los órganos judiciales y agentes encargados de la ejecución de esta medida de investigación es la repercusión que puede tener la intervención de las comunicaciones sobre terceras

personas. Los derechos de estos terceros ajenos a todo hecho delictivo deben ser preservados durante la ejecución de la medida, para no hacer que la intervención de las comunicaciones se convierta en una intrusión indiscriminada en la intimidad de todo aquél que se relacione de algún modo con el sujeto investigado,

En definitiva, reconozco la utilidad y validez de esta medida de investigación, siempre que para su adopción, ejecución y valoración se sigan unos estrictos controles judiciales y se cumpla lo dispuesto legalmente.

Asimismo considero esencial la aprobación, como parece que se está logrando, de una normativa acorde con la realidad, que permita adaptar el proceso y las herramientas a disposición del órgano judicial a la sociedad actual y a los avances tecnológicos, que sin duda se producirán.

VI. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

- AAVV. – LASAGASTER HERRARTE, I. (dtor.) (2009). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. 2ª edición. Pamplona. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- AAVV. – ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dtor.) (2014). *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*. Pamplona. Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- ABEL LLUCH, X. y RICHARD GONZÁLEZ, M. (2013). *Estudios sobre prueba penal Volumen III. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso*. Madrid. Editorial La Ley
- CRESPO BARQUERO, P. (2010). *Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales*. Bilbao. Publicaciones Universidad de Deusto
- ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (1998). *La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal*. Agencia de Protección de Datos, Madrid.
- GÓMEZ COLOMOER, J.L., ESPARZA LEIBAR, I., PLANCHADELL GARGALLO, A., PÉREZ CEBADERA, M.A., BELTRÁN MONTOLIU, A., GÁNEM HERNÁNDEZ, E. (2013). *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch
- ISRAEL, J.H, KAMISAR, Y., y otros (2012). *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1991). *Las escuchas telefónicas en el proceso penal*. Madrid. Editorial Colex
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (1991). *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid. Editorial Colex
- LÓPEZ YAGÜES, V. (2003). *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch

- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILLAR, S. (2014). *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch
- MONTERO AROCA, J. (1999). *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- NOYA FERREIRO, M.L. (2000). *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- RIVES SEVA, A.P. (2010). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Barcelona. Editorial Bosch

Artículos de revistas

- ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S. (2011). “Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (Con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio)” en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. Septiembre, 2011, núm.2. Madrid
- ASENCIO MELLADO, J.M. (2011). “La intervención de las comunicaciones y la prueba ilícita” en *Gaceta Penal y Procesal*. Mayo, 2011, Tomo 23. Perú.
- CASANOVA MARTÍ, R. (2012). “La problemática en la duración de una intervención telefónica” en *Justicia. Revista de Derecho Procesal* núm.1 págs. 459-472. Barcelona
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (1998). “La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la Jurisprudencia” en *Revista Jurídica de Catalunya* vol.97 núm.1 págs. 145-168. Barcelona.
- MARTÍN-CARO SÁNCHEZ, J.A. (2015). “Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: sí, pero no” en *El Notario del Siglo XXI* núm.59, enero-febrero 2015, págs. 16-19. Colegio Notarial de Madrid.
- PRIETO GONZÁLEZ, H. (2015). “El cambio de modelo procesal penal: una procrastinación secular” en *El Notario del Siglo XXI* núm.59, enero-febrero 2015, págs. 10-14. Colegio Notarial de Madrid.

- VELASCO NÚÑEZ, E. (2015). “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal” en *El Notario del Siglo XXI* núm.59, enero-febrero 2015, págs. 6-9. Colegio Notarial de Madrid.

- ZOCO ZABALA, C. (2010). “Interceptación de las comunicaciones electrónicas. Concordancias y discordancias de SITEL con el artículo 18.3CE” en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Octubre 2010. Barcelona.

Tesis

- MARCO URGELL, A. (2010). *La intervención de las comunicaciones telefónicas: grabación de las conversaciones propias, hallazgos casuales y consecuencias jurídicas derivadas de la ilicitud de la injerencia*.

VII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Jurisprudencia nacional

Tribunal Constitucional

- STC 114/1984, de 29 de noviembre (Sala Segunda)
- STC 81/1992, de 2 de abril (Sala Primera)
- STC 41/1998, de 24 de febrero (Sala Primera)
- STC 70/2002, de 3 de abril (Sala Primera)
- STC 22/2003, de 10 de febrero (Sala Segunda)
- STC 56/2003, de 24 de marzo (Sala Segunda)
- STC 105/2003, de 2 de junio (Sala Segunda)
- STC 184/2003, de 23 de octubre (Pleno)
- STC 26/2006, de 30 de enero (Sala Segunda)
- STC 68/2010, de 18 de octubre (Sala Segunda)

Tribunal Supremo

- Auto TS de 18 de junio de 1992
- STS 915/1995, de 20 de febrero. (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: José Manuel Pereda Rodríguez
- STS 178/1996, de 1 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: José Antonio Martín Pallín.

- STS 1463/1997, de 2 de diciembre. (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid
- STS 579/1998, de 22 de abril. (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid
- STS 1313/2000, de 21 de julio (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater
- STS 1898/2000, de 12 de diciembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater
- STS 2081/2001, de 9 de noviembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: José Jiménez Villarejo
- STS 371/2004, de 25 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar
- STS 737/2009, de 6 de julio (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Joaquín Giménez García.
- STS 1066/2009, de 4 de noviembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: José Antonio Martín Pallín
- STS 41/2010, de 26 de enero (Sala de lo Penal, Sección 2ª) Ponente: Francisco Monterde Ferrer
- STS 239/2010, de 24 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
- STS 910/2011, de 9 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Siro Francisco García Pérez
- STS 2/2011, de 15 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo
- STS 210/2012, de 15 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
- STS 446/2012 de 5 de junio. (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Cándido Conde-Pumpido Touron
- STS 730/2012, de 26 de septiembre (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
- STS 116/2013, de 21 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
- STS 358/2014, de 7 de febrero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Manuel Marchena Gómez

- STS 345/2014, de 24 de abril (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Antonio del Moral García
- STS 841/2014 de 9 de diciembre. (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar
- STS 27/2015, de 15 de enero (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Cándido Conde-Pumpido Touron
- STS 122/2015, de 29 de enero. (Sala de lo Militar, Sección 1ª). Ponente: Jacobo López Barja de Quiroga
- STS 115/2015, de 5 de marzo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Audiencia Nacional

- Auto de 24 de mayo de 2013, del Juzgado Central de Instrucción nº5 de la Audiencia Nacional

Jurisprudencia internacional

TEDH

- *Golder c. Reino Unido* (21 de febrero de 1975)
- *Klass c. Alemania* (6 de septiembre de 1978)
- *Malone c. Reino Unido* (2 de agosto de 1984)
- *Kruslin c. Francia* (24 de abril de 1990)
- *Lambert c. Francia* (24 de agosto de 1997)
- *Kopp c. Suiza* (25 de marzo de 1998)
- *Matheron c. Francia* (29 de marzo de 2005)

USSC / TSEU

- *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), 4 de junio
- *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942), 27 de abril
- *On Lee v. United States*, 106 U.S. 747 (1952), 2 de junio
- *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961), 6 de marzo
- *Osborn v. United States*, 385 U.S. 323 (1966), 12 de diciembre
- *Berger v. New York* 388 U.S. 41 (1967), 12 de junio
- *Katz v. United States*, 389 U.S. 347(1967), 18 de diciembre
- *Warshak v. United States* (2007), 18 de junio