

M^a. LOURDES NOYA FERREIRO *

*La doctrina y la jurisprudencia española como antecedente de la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones en la ley 13/2015, de 5 de octubre ***

Sumario: 1. Consideraciones previas. – 2. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como precedente a la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico español. – 3. La jurisprudencia y la doctrina como antecedente necesario de las garantías legales para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en España. – 4. Proceso penal en curso y presupuestos constitucionales. La autorización judicial y el principio de proporcionalidad. – 4.1 Proceso penal en curso. – 4.2 La autorización judicial. – 4.3 El principio de proporcionalidad. – 5. Ámbito de aplicación. – 6. Sujetos investigados por la medida y terceros afectados. – 7. Duración de la medida y control judicial. – 7.1 Duración y prórroga de la medida. – 7.2 Control judicial

1. *Consideraciones previas*

La interceptación de las comunicaciones personales privadas es una medida de investigación¹ restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones², que puede acordar la autoridad judicial³ en la fase de instrucción del proceso penal. Consiste en la instalación de aparatos de escucha, grabación y reproducción del sonido, para captar el

* Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ V. en este sentido, G. CASCINI, *Intercettazioni e riservatezza (a proposito di una recente proposta di legge)*, en *Questione giustizia*, núm. 4, 1995, pág. 953; T. LOPEZ FRAGOSO, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, 1991, pág. 12; V. MORENO CATENA., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, Poder Judicial, número especial II, 1987, pág. 156; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, pág. 303, entre otros.

² G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1994, pág. 139; E. FORTUNA, S. DRAGONE, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI, A. PIGNATELLI, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Padova, 1993, pág. 410.

³ En nuestro ordenamiento jurídico vigente su adopción le corresponde al juez de instrucción o el juez central de instrucción o, en su caso, el miembro de la Sala de lo Penal designado instructor cuando la competencia corresponde al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia.

contenido de la conversación desarrollada de forma oral entre dos o más personas⁴, con la finalidad de obtener datos que hagan posible la averiguación de los sujetos responsables del hecho delictivo, de las circunstancias de comisión del mismo, y de la obtención de material incriminatorio suficiente que pueda hacerse valer en la fase de juicio oral⁵.

La previsión constitucional que permite la intervención de las comunicaciones con autorización judicial, no es en sí misma suficiente para su adopción, resultando imprescindible para la injerencia en el derecho fundamental, la concurrencia de los principios y requisitos fijados expresamente en una ley de desarrollo, que junto con la absoluta necesidad de la medida y su proporcionalidad hagan posible su utilización procesal⁶.

Así lo han puesto de relieve en numerosas ocasiones doctrina y jurisprudencia, que a lo largo de los últimos años han defendido la necesaria regulación legislativa que diseñara el régimen jurídico de las medidas de intervención de las comunicaciones. De esta forma, se recogerían tanto los presupuestos constitucionales y legales, como las garantías procedimentales, estableciéndose el marco de referencia que permitiría otorgarle eficacia probatoria en el proceso penal.

En este trabajo se pretende poner de relieve una muestra sobre las principales aportaciones jurisprudenciales y doctrinales, en las que se han sentado las bases sobre los principios generales y el régimen jurídico de las medidas de intervención de las comunicaciones privadas, proporcionándole al legislador los mimbres necesarios para abordar la regulación que se ha llevado a cabo con la LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Como podremos comprobar el articulado derivado de esta Ley sigue las directrices marcadas por doctrina y jurisprudencia, haciéndose eco de las aportaciones derivadas de tantos años de estudio y

⁴ Cfr. G. FUMU, *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, Torino, 1990, p g. 779.

⁵ Sobre el concepto de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas puede consultarse además de las obras citadas en las notas precedentes, A. NAPPI, *Guida al nuovo Codice di procedura penale*, Milano, 1992, pág. 183; G. FUMU, *Commento al nuovo Codice...*, op. cit., pág. 774.

⁶ A. MONTON REDONDO, *Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas*, en *Revista Jurídica La Ley*, núm. 3915, 1995, pág.1; V. también, J. MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Valencia, 1999, pág. 75; M.A. MONTAÑÉS PARDO, *La intervención de las comunicaciones. Doctrina jurisprudencial*, Pamplona, 1999, pág. 31. V. también las SSTs de 29 de junio de 1993; 15 de julio de 1993; 18 de abril de 1994; 17 de octubre de 1994, y la STEDH de 30 de julio de 1998, *Caso Valenzuela Contreras*, entre otras.

controles jurisdiccionales sobre la realización de este tipo de medidas.

Hasta su entrada en vigor, la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones era prácticamente inexistente. La Ley de Enjuiciamiento Criminal se limitaba a recoger las medidas de intervención postal, telegráfica y telefónica, trasladando la exigencia de autorización judicial prevista constitucionalmente, y fijando un plazo, excesivamente amplio, durante el cual se podía mantener la interceptación.

Esta deficiente previsión fue puesta de manifiesto en varias ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tomando como referencia el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, exige que la ley que desarrolle estas medidas resulte “*asequible*” para el ciudadano y proporcione la información necesaria sobre las normas aplicables al caso concreto⁷.

En el mismo sentido se pronuncian tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, afirmando que la limitación de un derecho fundamental ha de tener su base en una resolución judicial motivada y fundamentada en una inexcusable previsión legislativa⁸.

También doctrinalmente se defendía la necesaria regulación legislativa, afirmando que cuando el artículo 18.3 CE, prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones está creando un fragmento de norma que necesitará posterior desarrollo, puesto que en otro caso la protección constitucional sería ilusoria. Lo que determina el tercer apartado del precepto es qué autoridad podrá proceder a la limitación, qué poder del Estado está facultado constitucionalmente para acordar medidas de este tipo. Sin embargo, para que no resulte afectada la seguridad jurídica y se evite la arbitrariedad y los abusos de poder, ha de ser una ley la que desarrolle el precepto, fijando en qué situaciones procede dicha limitación y con qué garantías. El valor normativo de la Constitución resulta evidente en materia de derechos fundamentales cuando los reconoce y consagra. Sin embargo no se puede decir lo mismo

⁷ El art. 8.2 CEDH exige el cumplimiento de determinados requisitos para la adopción de cualquier medida que implique la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones. Concretamente, dispone que no podrá haber injerencia alguna 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. V. SSTEDH de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros*; de 25 de marzo de 1983; *caso Silver y otros*; de 27 de octubre de 1983, *caso Malone*; de 18 febrero de 2003, *Caso Prado Bugallo*; de 31 mayo 2005, *Caso Vetter*; de 1 julio 2008, *caso Liberty y otros*.

⁸ V. STC 37/1989 de 15 de febrero.

respecto de las posibles restricciones, al no recoger el Texto constitucional ni los casos ni el procedimiento que permitirían y regularían dichas restricciones⁹.

2. *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como precedente a la regulación de las medidas de intervención de las comunicaciones en el ordenamiento jurídico español*

Como punto de partido de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede acudirse a la célebre sentencia de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros*, que tuvo su origen en una reclamación dirigida contra la República Federal de Alemania por cinco súbditos alemanes, que cuestionaban la validez, conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de cierta legislación relativa a la restricción del secreto de las comunicaciones, que no preveía una notificación posterior a los sujetos cuyas comunicaciones fueron intervenidas, excluyendo así todo posible recurso y control sobre los motivos y el procedimiento.

En esta sentencia el TEDH ya señalaba que “*para no infringir el artículo 8, la «injerencia» referida anteriormente debe primeramente, según el párrafo 2, haber sido «prevista por la ley».* Además, subraya el Tribunal, al igual que el Gobierno y la Comisión, que toda medida individual de vigilancia debe ser conforme a las condiciones y procedimientos rigurosos fijados por la misma legislación”.

Un amplio desarrollo de esta posición del Tribunal, la encontramos en su sentencia de 30 de julio de 1998, *Caso Valenzuela Contreras*, que tiene su origen en una demanda contra España interpuesta por el señor Valenzuela Contreras, ante la Comisión. En su reclamación alegaba la vulneración del derecho a la vida privada como consecuencia de la intervención

⁹ En este sentido se han pronunciado autores como J.M^a. ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Editorial Trivium, Madrid, 1989, pág. 105; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pág. 92; J. JIMENEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, en REDC, número 20, 1987, pág. 37; J. LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Escuchas telefónicas y prueba ilegalmente obtenida*, Akal, Madrid, 1989, pág. 163 a 165; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1991, pág. 32; R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 102; J. MONTERO AROCA, *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Estudio jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 75; A. MONTÓN REDONDO, *Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas*, en *Revista Jurídica La Ley*, número 3915, 1995, pág. 1; V. MORENO CATENA., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, Poder Judicial, número especial II, 1987, pág. 157; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Intervenciones telefónicas*, en *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992, pág. 453, entre otros muchos.

telefónica practicada en la investigación de un delito, afirmando que las escuchas telefónicas habían sido el único fundamento de su condena y que, sin ellas, no se habría podido demostrar su culpabilidad.

Es necesario precisar, que el caso llevado al Tribunal tiene como precedente las diligencias previas abiertas como consecuencia de una denuncia por injurias y amenazas telefónicas y escritas, ante el Juzgado de Instrucción número 31 de Madrid. En febrero de 1985, el juez de instrucción, al amparo del artículo 18.3 CE, ordena la intervención telefónica de las líneas de la denunciante durante un mes. A raíz de los datos obtenidos con esta intervención, en noviembre de 1985, el juez de instrucción ordena la intervención telefónica de las líneas de dos investigados, uno de ellos el señor Valenzuela Contreras. La citada medida se acuerda al amparo del artículo 18.3 CE, y de la regulación de las intervenciones postales y telegráficas de la ley procesal penal, que en este momento no preveía la intervención telefónica, introducida como consecuencia de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1988, de 25 de mayo.

En la citada resolución, el Tribunal haciéndose eco de otras sentencias anteriores, afirma que “*con las palabras «prevista por la ley» se pretende, en primer lugar, que la medida impugnada tenga una base en el Derecho interno. Ahora bien, esta expresión no se limita a remitir al Derecho interno, sino que también hace referencia a la calidad de la «ley», exigiendo que la medida sea compatible con la preeminencia del derecho, implicando, por tanto, que el Derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra los atentados arbitrarios de los poderes públicos a los derechos garantizados en el párrafo 1 (Sentencia Malone antes citada, pág. 32, §67). De esta exigencia deriva la necesidad de la accesibilidad de la ley para la persona afectada, quien, además, debe poder prever las consecuencias para ella de dicha ley (Sentencias Kruslin antes citada, pág. 20, §27, y Kopp antes citada, pág. 540, §55)*”. Concluye el Tribunal que en el momento de la intervención de las comunicaciones del señor Valenzuela Contreras (enero y febrero de 1985), el Derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio de las facultades discrecionales de las autoridades en el ámbito considerado. Así pues, el señor Valenzuela Contreras no gozó del grado de protección mínimo exigido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática.

También se ocupa el Tribunal de recoger en su resolución las garantías mínimas que

deben figurar en la ley para evitar arbitrariedades, garantías que ya se habían puesto de relieve en otras resoluciones anteriores¹⁰:

1. La definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial;
2. La naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a una medida de intervención;
3. La fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida;
4. Las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas;
5. Las precauciones que se deben tomar para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, con el fin de ser controladas eventualmente por el Juez y la defensa;
6. Las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de dichas cintas, sobre todo tras un sobreseimiento o una absolución.

Las sentencias de referencia no sólo establecían la necesaria previsión legislativa para la válida adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, más concretamente de la intervención telefónica, sino que además, precisaban una exigencia mayor como es la calidad de la ley que las regula¹¹. De esta forma, no era suficiente con la regulación legal de la medida, al especificar que la ley debía ser accesible para el ciudadano, para que éste pudiera prever las consecuencias¹².

Lo que indicaba claramente el Tribunal Europeo, es que la norma española no cumplía con los requisitos mínimos exigidos respecto de la calidad de la Ley y su fácil conocimiento para los ciudadanos, ya que no se recogía, ni aun después de la reforma del art. 579 LECrim por la Ley 4/1988, ni los requisitos ni las condiciones en las que se podía autorizar las medidas de intervención¹³.

¹⁰ SSTEDH de 2 de agosto de 1984, *Caso Malone contra el Reino Unido*; 24 de abril de 1990, *Caso Kruslin c. Francia*, o en la misma fecha *Caso Hüvrig contra Francia*; 25 de marzo de 1998, *caso Kopp contra Suiza*, entre otras.

¹¹ R. CASANOVA MARTÍ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Bosch, 2014, pág. 405-406.

¹² M^a.J. RIDAURA MARTÍNEZ, *El legislador ausente del artículo 18.3 de la constitución (la construcción pretoriana del Derecho al secreto de las comunicaciones)*, en *Revista de Derecho Político*, número 100, 2017, pág. 383.

¹³ V. SSTEDH 24 de agosto de 1998, *caso Lambert contra Francia*; 16 de febrero de 2000, *caso Amman contra Suiza*; 29 de marzo de 2005, *caso Matheron contra Francia*; 3 de abril de 2007, *caso Copland contra Reino Unido*; 1 de julio de 2008, *caso Liberty y otros contra el Reino Unido*, entre muchas otras.

Es más, la citada reforma también ha sido objeto de críticas por el Tribunal de Estrasburgo, considerando de nuevo insuficiente la regulación sobre las medidas de intervención de las comunicaciones. Así lo expresa en la sentencia Prado Bugallo, recogiendo expresamente que “... las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las sentencias *Kruslin contra Francia* y *Huvig contra Francia*, para evitar abusos. Lo mismo ocurre con la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, con la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y con las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones intervenidas, tarea que se deja a la competencia exclusiva del Secretario Judicial. Estas insuficiencias se refieren igualmente a las precauciones que hay que tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, para su control eventual por el Juez y por la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición a este respecto”¹⁴.

Sin embargo, el Tribunal elogia la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo para completar la insuficiencia legislativa a través de sus resoluciones. En este contexto, cabe señalar que el pronunciamiento del TEDH no se centra en la aplicación jurisdiccional de la norma, que considera acertada y garantista, sino en la propia previsión legislativa. Así lo recoge expresamente al afirmar que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional “... consideraron necesario definir toda una serie de garantías complementarias que precisaran el alcance y las modalidades del poder de apreciación de los jueces, así como las condiciones de establecimiento de las actas que consignan las conversaciones interceptadas y su uso por el Juez Instructor”. Señalando también que “... si la Ley de 1988 supuso un progreso innegable, todavía persistían importantes lagunas en el momento en que fueron realizadas las intervenciones telefónicas. Es cierto que estas insuficiencias han sido paliadas en gran parte por la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Supremo...”¹⁵.

Como puede comprobarse las garantías recogidas por el Tribunal de Estrasburgo en sus resoluciones, se trasladan a la Ley procesal penal por el legislador de la Ley 13/2015, que regula por vez primera las diferentes medidas de intervención de las comunicaciones en el seno del proceso penal.

No obstante, tomando como referencia las fechas de las citadas resoluciones europeas,

¹⁴ STEDH de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo contra España*.

¹⁵ STEDH de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo contra España*.

es obvio que transcurre mucho tiempo desde las recomendaciones del Tribunal, hasta su incorporación a la Ley procesal penal. Resulta por tanto imprescindible estudiar su evolución durante todos estos años, y cómo los tribunales españoles han enfocado la adopción de estas medidas en el proceso dotándolas de las garantías mínimas que han impedido la ilicitud de las pruebas.

3. *La jurisprudencia y la doctrina como antecedente necesario de las garantías legales para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en España*

La protección del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y la determinación de su contenido esencial, se concreta en una célebre sentencia de 1984, del Tribunal Constitucional, anterior, por tanto, a la reforma operada por la Ley 4/1988. En su resolución el Tribunal subraya que “... *el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)... Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”¹⁶.*

Como ya se ha señalado, la incompleta regulación de las medidas de intervención postal y telegráfica, y la total falta de previsión de la medida de intervención telefónica en nuestro ordenamiento jurídico anterior a la reforma de 1988, chocaba directamente con las exigencias

¹⁶ STC 114/1984, de 29 de noviembre. Se deja así claro que la grabación de la conversación propia no constituye un ataque al derecho al secreto de las comunicaciones, aunque sí puede serlo al derecho a la intimidad que se regula en el artículo 18.1 CE. “... *Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado*”.

de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así se había pronunciado, considerando justificada la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, cuando resulte necesaria en una sociedad democrática, pero exigiendo la previsión legal de la medida¹⁷ y la concurrencia de un fin legítimo que justifique el sacrificio del derecho¹⁸, precisando incluso los requisitos mínimos que debía recoger la Ley habilitante de una intervención telefónica¹⁹.

Una primera aproximación en el desarrollo legal del artículo 18.3 CE, tiene lugar con la Ley 4/1988, de 25 de mayo, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que da nueva redacción al artículo 579, introduciendo la regulación de la medida de intervención telefónica. Sin embargo, es poco decir que el legislador se quedó corto con esta previsión normativa, en la que no se recogen los presupuestos y requisitos de adopción de una medida de tanta gravedad, y tampoco se especifica el procedimiento y los efectos de su adopción. Lo único que hace el precepto es requerir la autorización judicial, que ya exigía la Constitución, recoger una referencia general a los sujetos pasivos, y establecer un plazo para la ejecución de la medida, permitiendo su ampliación ilimitada mediante prórrogas sucesivas.

Resulta obvio que este desarrollo legal no cubre las expectativas, ni cumple con las exigencias del Tribunal Europeo, al no regularse un régimen legal completo de las medidas de intervención previstas en el precepto (postales, telegráficas y telefónicas), y al no dejar una puerta abierta a futuras medidas que con toda seguridad podrían desarrollarse con los avances tecnológicos que se estaban produciendo.

La necesaria previsión legislativa ya es puesta de relieve por el Tribunal Constitucional en 1989, cuando afirmaba en relación a la protección del derecho a la intimidad que la decisión judicial ha de estar motivada “...en una *inexcusable* previsión legislativa (*fundamento jurídico 7º*). Con ello, afirmábamos, no sólo que la existencia de una previsión legal es *inexcusable*; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Y en términos semejantes nos expresamos en el ámbito específico del derecho al secreto de las comunicaciones,

¹⁷ STEDH de 25 de marzo de 1983, *caso Liver y otros*. En este sentido ya se había pronunciado en su sentencia de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros*.

¹⁸ STEDH de 24 de marzo de 1988 *caso Olson*.

¹⁹ V. STEDH de 2 de agosto de 1984 *caso Malone contra el Reino Unido*.

*afirmando que la injerencia estatal en dicho secreto ha de estar presidida por el principio de legalidad*²⁰.

En esta misma línea el Tribunal Supremo afirmaba que aunque el legislador ha mejorado el texto de la Ley procesal penal con la modificación del artículo 579 LECrim, lo cierto es que en esta tarea no le ha acompañado el éxito, obligando a los tribunales a diseñar *“... un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial que a modo de protocolo de actuación viene a determinar el cumplimiento de los requisitos cuya observancia en el presupuesto de la validez de las intervenciones telefónicas”*²¹.

Pocos años después, el alto Tribunal se ve obligado a colmar la laguna legislativa existente en la regulación de la medida de intervención telefónica, a través de una resolución judicial que supone el primer régimen jurídico de dicha medida, al recoger los presupuestos, requisitos y efectos de su adopción.

En el Auto de 18 de junio de 1992, el Tribunal Supremo ya pone de manifiesto la deficiente previsión legislativa, considerando que *“La excesiva indeterminación y amplitud de la normativa acabada de citar han sido puestas de relieve con autoridad y argumentos muy poderosos por una parte importante de la doctrina científica. También ha sido destacada su tardía regulación, puesto que la Constitución Española había entrado en vigor casi diez años antes de la reforma del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalándose igualmente graves defectos en el contenido”*. Continúa señalando que *“Sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida”*. Y ello es precisamente lo que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en los años siguientes.

La deficiente previsión legislativa sigue siendo objeto de nuevas resoluciones en las que se reconoce que el art. 579 LECrim resulta insuficiente *“por el considerable número de espacios en blanco que contiene en materias tales como los supuestos que justifican la intervención, el objeto y procedimiento*

²⁰ STC 37/1989, de 15 de febrero; 150/1989, de 25 de septiembre; 85/1994, de 14 de marzo; 34/1996, de 17 de abril; 49/1996, de 26 de marzo; 54/1996, de 27 de abril; 123/1997, de 1 de julio; 49/1999, de 5 de abril, entre muchas otras.

²¹ STS 579/88, de 22 de abril; V. también la STS 533/1999, de 29 de marzo.

de ejecución de la medida, así como de la transcripción en acta del contenido de los soportes magnéticos, la custodia y destrucción de las cintas, etc.". Pero también afirma que *“la jurisprudencia de esta Sala, inspirada en la del Tribunal Constitucional, ha sostenido reiterada y pacíficamente que esta situación de práctica 'anomia' legislativa ha sido suficientemente colmada por la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales, que han interpretado el art. 18.3 CE, de conformidad con el art. 8 del Convenio y de su órgano de aplicación que es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, subrayándose la necesidad de una 'cuidada interpretación constitucional' del art. 579, respetuosa con el principio de proporcionalidad y las restantes garantías que protegen los derechos fundamentales y libertades básicas”*²².

En este contexto, resulta adecuado hacer referencia a la postura que durante esos años mantiene el Tribunal Constitucional. Dando respuesta a un recurso de amparo en el que se cuestionaba la legalidad de la medida de intervención telefónica, recoge el Tribunal que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones fundamento del amparo, se sostiene en dos motivos. Uno, la falta de habilitación legal suficiente desde la perspectiva de la calidad de la ley, al no cumplir el artículo 579 LECrim los requisitos mínimos exigidos por el TEDH; y dos, en las irregularidades judiciales cometidas en la autorización de la medida. Se llega incluso a solicitar en esta demanda de amparo que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad del citado precepto.

En respuesta a esta petición, el Tribunal Constitucional considera que la declaración de inconstitucionalidad del precepto sólo agravaría la situación, al general una mayor laguna legal y una ausencia total de previsión legislativa. Es tarea del legislador solucionar la regulación insuficiente, y es tarea de los tribunales, fundamentalmente de este Tribunal, suplir las deficiencias detectadas, lo que ya viene haciendo en sus resoluciones, principalmente a partir de la STC 49/1999. *“Conforme señala el art. 5.1 LOPJ, las resoluciones de este Tribunal en todo tipo de procesos vinculan a todos los Jueces y Tribunales, quienes han de interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales interpretados por este Tribunal”*²³.

A partir de estas resoluciones iniciales, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, continúan con su labor de complementación del ordenamiento jurídico a través de esa importante construcción jurisprudencial del régimen jurídico de estas medidas,

²² STS 1335/2001, de 19 de julio. V. también, 269/2013, de 27 de marzo; 155/2007 de 28 de febrero; 297/2006 de 6 de marzo, entre muchas otras.

²³ STC 184/2003, de 23 de octubre. V. también STC 26/2006, de 30 de enero.

elogiada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicha construcción se ve apoyada por las aportaciones doctrinales que contribuyen a establecer un marco de garantías, cuyo respeto resulta imprescindible en el marco de una investigación penal.

4. *Proceso penal en curso y presupuestos constitucionales. La autorización judicial y el principio de proporcionalidad*

4.1. *Proceso penal en curso*

Lo primero que dejan claro nuestros tribunales es que las medidas de intervención de las comunicaciones solo pueden adoptarse por la autoridad judicial, excepción hecha de los supuestos de urgencia²⁴, en el curso de una investigación penal, esto es con un proceso penal en curso.

También la doctrina se ha mostrado unánime con esta exigencia. Así lo expresa Moreno Catena, incluso antes de la reforma operada por la Ley 4/1988, por la que se introduce en el artículo 579 LECrim, la medida de intervención telefónica. Señala el autor que “... sólo pueden decretarse en el curso de un proceso penal por delito (aunque no por falta), lo que supone, de un lado, que la autoridad gubernativa no puede proceder a la intervención y, por otro lado, que la autoridad judicial sólo podrá ordenarla o autorizarla una vez que haya procedido a la apertura de diligencias penales en alguno de los modos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en leyes complementarias, pero siempre con una rigurosa ponderación de los intereses en conflicto, y teniendo en cuenta que la investigación no es, ni con mucho, un valor supremo”²⁵.

De igual forma, y también con anterioridad a la reforma de la Ley 4/1988, se pronuncia De Llera Suárez-Bárcena, cuando califica de viciosa e ilegal la práctica frecuente en aquel momento, por la que algunos juzgados acordaban las medidas de intervención de comunicaciones sin encontrarse abierto un verdadero procedimiento, dentro de las llamadas diligencias indeterminadas, que pretendían legitimarse violentando el sentido y finalidad del

²⁴ Permitía el legislador de la Ley 4/1988 y sigue permitiendo el de la Ley 13/2015, que en caso de urgencia y en investigaciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la adopción de la medida de intervención telefónica podrá acordarse por el Ministro de Justicia o el Secretario de Estado de Seguridad. En estos casos se comunicará inmediatamente el juez por escrito motivado, debiendo el juez confirmar o revocar la medida también motivadamente.

²⁵ V. MORENO CATENA, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, en *Poder Judicial*, número especial II, pág. 158.

art. 269 LECrim²⁶.

Producida la reforma, y ante la deficiente regulación normativa en la que no se hace mención alguna a la incoación del proceso penal, como antecedente necesario para la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, son numerosos los autores que se posicionan en este sentido.

Así lo hace López-Barja al considerar que *“el fin legalmente fijado exige explícitamente que exista una causa –en el sentido de asunto, diligencia o sumario- y que de su lectura se deriva la necesidad, conveniencia y utilidad de la escucha. De tal manera que no será la escucha la que dé lugar a la formación de la causa, sino que por el contrario será la causa debe existir, estar en tramitación, y apreciarse de la misma que con la escucha es posible obtener el descubrimiento o la comprobación de algún hecho relevante para la causa”*²⁷. La exigencia de la previa incoación del proceso penal también se pone de relieve por López-Fragoso, cuando afirma que la propia naturaleza de la medida restrictiva de un derecho fundamental, y el principio de proporcionalidad impiden decretar la intervención de las comunicaciones con el fin de prevenir la comisión de posibles delitos, o emplearla a efectos explorativos, o de meros sondeos²⁸.

Pero como ya se ha apuntado con anterioridad, el Tribunal Supremo trata de colmar la deficiente regulación a través de *“una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida”*, tarea que arranca con el Auto de 18 de junio de 1992, en el que el Tribunal ya pone de relieve la necesaria incoación del proceso penal para la válida adopción de la medida, considerando que *“No es ni puede ser, por consiguiente, un indicio la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato o de algunos que permitan al Juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad. Y, de alguna manera, ha de existir una investigación penal en curso, incluido el supuesto de que esta se abra, sobre la existencia de tales indicios, precisamente con la intervención telefónica, inmediatamente después de la incoación. Sólo cabe la intervención/observación telefónica abierto un proceso penal y dentro de él”*.

Esta posición se mantiene posteriormente afirmando que *“... El legislador, al redactar el apartado 2 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a los medios encaminados a*

²⁶ E. DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, *El régimen jurídico ordinario de las observaciones telefónicas en el proceso penal*, Poder Judicial, número 3, 1986, pág. 18.

²⁷ J. LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Escuchas telefónicas...*, op. cit., pág. 193.

²⁸ T. LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 54.

descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia importante en la causa. La expresión utilizada no quiere decir que en todos los supuestos de interceptación de las comunicaciones telefónicas debe existir un procedimiento penal ya en marcha y suficientemente avanzado, ya que la resolución judicial que acuerde la intervención telefónica puede ser la que dé origen a la iniciación o incoación de un procedimiento penal. En ningún caso se pueden autorizar intervenciones telefónicas con carácter previo a la puesta en marcha y anotación respectiva de un determinado procedimiento de investigación penal... Fuera de la posibilidad de obligar a comparecer a determinadas personas todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales deben solicitarse de la autoridad judicial que no podrá acordarlas si no pone en marcha, previamente, unas diligencias judiciales de investigación criminal²⁹.

En este contexto, resulta obligado hacer referencia a la STC 49/1999, de 5 abril en la que el Tribunal Constitucional, después de hacer referencia a la ausencia de una previsión legislativa conforme con las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fija los criterios de referencia para la adopción de las medidas de intervención telefónica. Para el Tribunal “*La garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con su concurrencia formal -autorización procedente de un órgano jurisdiccional- sino que ésta ha de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial³⁰.*”

La exigencia de una causa penal abierta en el momento de adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, se refleja finalmente en la regulación llevada a cabo por la Ley 13/2015, en la que se hace expresa referencia a este requisito. Así el artículo 588 bis a), que recoge los principios rectores de este tipo de medidas³¹, señala expresamente que

²⁹ STS de 25 de junio de 1993. En el mismo sentido se dictaron las SSTS de 25 de marzo de 1994 y de 4 de noviembre de 1994, si bien es preciso señalar que esta práctica, hoy desterrada, se ha defendido en alguna resolución judicial hasta el año 1998, aunque se exigía el respeto a las garantías constitucionales y legales. V. SSTS de 28 de marzo de 1996, 24 de junio de 1996, 6 de mayo de 1997, 30 de mayo de 1997, 24 de noviembre de 1997, 22 de enero de 1998, 16 de febrero de 1998, 7 de marzo de 1998, 3 de abril de 1998, 11 de mayo de 1998, 23 de septiembre de 1998 y 28 de septiembre de 1998.

³⁰ En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 202/2001, de 15 de octubre; 184/2003, de 23 de octubre; 26/2006, de 30 de enero, entre otras muchas.

³¹ El precepto se enmarca en la regulación de las “Disposiciones comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos”, prevista en el nuevo Capítulo IV, Título VIII, Libro II de la Ley procesal penal.

“durante la instrucción de las causas se podrá acordar algunas de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo...”, haciendo por tanto referencia expresa a la previa apertura de la fase de instrucción del proceso penal.

4.2. *La autorización judicial*

Partiendo del mandato constitucional respecto de la autorización judicial habilitante de la intervención de las comunicaciones, conforme a lo previsto en el artículo 18.3, coinciden doctrina³² y jurisprudencia en la necesaria motivación de dicha resolución. Esta postura unánime, parte obviamente del fundamento de la motivación como vehículo de control de los poderes públicos, y como garantía del derecho defensa. El conocimiento de la justificación judicial es imprescindible para preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, proporcionando además seguridad jurídica y un mecanismo de protección contra la arbitrariedad³³.

Así lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en muchas de sus resoluciones, considerando, ya en 1982, que los jueces y tribunales no pueden rechazar alguna pretensión si no es razonadamente. La motivación es un requisito indispensable para la formalización con éxito de los recursos, constituyendo un presupuesto necesario del derecho a recurrir y una garantía del derecho de defensa³⁴.

En este contexto, la exigencia de motivación consagrada constitucionalmente en el artículo 120 CE, no puede limitarse únicamente a las sentencias, sino que ha de considerarse extensible a todo tipo de resoluciones judiciales que no sean de mera tramitación. Así lo refleja la doctrina y la jurisprudencia anterior a la regulación de las medidas de investigación

³² J. M^a. ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op. cit., pág. 98; E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *El régimen jurídico...*, op. cit., pág. 18; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, op.cit., págs. 139-147; J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional...*, op. cit., pág. 65-66; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 26; J. MONTERO AROCA, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 82; V. MORENO CATENA, *Garantía de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 158, entre otros muchos.

³³ F. GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, V. MORENO CATENA, *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española* (dirigidos por Alzaga Villamil), T. IX, Madrid, 1987, pág. 424.

³⁴ SSTC 37/1982, de 16 de junio; 9/1983, de 21 de febrero; 138/1985, de 18 de octubre; 100/1987, de 12 de junio; 196/1988, de 24 de octubre; 244/1988, de 19 de diciembre; 36/1989, de 14 de febrero; 70/1990, de 5 de abril; 109/1992, de 14 de septiembre; 143/1992, de 13 de octubre; 144/1992, de 13 de octubre; 165/1992, de 26 de octubre, entre muchas otras. Se ha querido reflejar la doctrina jurisprudencial anterior e inmediatamente posterior a la Ley 4/1988. Las posteriores sentencias del Tribunal Constitucional siguen la misma doctrina que la establecida en estas resoluciones.

tecnológica por la Ley 13/2015, e incluso anterior a la reforma de la Ley procesal penal por la Ley 4/1988, por la que se regula la medida de intervención telefónica.

Ya se afirmaba por el Tribunal Constitucional, la falta de coherencia al restringir la exigencia constitucional de la motivación únicamente a las sentencias, defendiendo su aplicación también a otro tipo de resoluciones jurisdiccionales, y afirmando que sólo las providencias quedarían excluidas del deber de motivación³⁵. Así lo recoge expresamente en alguna de sus primeras resoluciones, como la sentencia de 17 de julio de 1981, al considerar que cuando se coarta el “... libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó. De este modo, la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos”³⁶. En el mismo sentido señala que “... toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se restringe el derecho a la tutela judicial efectiva... dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo”³⁷.

A la motivación también hace referencia el célebre auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, resolución de referencia respecto del régimen jurídico de la medida de intervención telefónica. Consideraba ya en ese momento el Tribunal, que la legitimidad de la medida estaba condicionada a la autorización judicial motivada, señalando expresamente, respecto de este último requisito, que reflejaba “...de manera suficiente el proceso de reflexión interna que le lleva a tomar, en correspondencia con el principio de proporcionalidad, tan excepcional y grave medida”³⁸.

Para López-Fragoso, la motivación de las resoluciones jurisdiccionales conlleva el respeto al ejercicio del derecho de defensa, pero también asegura que el juzgador ha realizado una previa labor de valoración a través de la ponderación de los intereses en juego³⁹. En el

³⁵ F. GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, V. MORENO CATENA, *Comentarios a las leyes políticas...*, op. cit., pág. 422.

³⁶ V. también la STC 567/1987, de 14 de mayo.

³⁷ STC 62/1982, de 15 de octubre. V. también las SSTC 13/1985, de 31 de enero y 37/1989, de 15 de febrero.

³⁸ V. también las SSTS 336/2005 de 15 de marzo; 223/2010, de marzo; 1313/2009 de 16 de diciembre; 446/2012, de 5 de junio; 345/2014; 122/2015, de 29 de enero; 27/2015, de 15 de enero; entre otras muchas

³⁹ T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., págs. 28-29.

mismo sentido, González-Cuellar considera que la falta de motivación de la resolución judicial restrictiva de un derecho fundamental, puede incidir a pensar que el juez no ha valorado suficientemente los intereses en juego⁴⁰.

Las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales han tenido su reflejo en la regulación de la Ley 13/2015, que además de exigir la resolución judicial habilitante para la adopción de las medidas de investigación tecnológica, siguiendo el mandato constitucional, se preocupa de fijar su contenido mínimo, proporcionando así los elementos imprescindibles para que pueda considerarse una resolución con motivación suficiente.

Pero es más, de la simple lectura del artículo 588 bis c), cabe colegir que el legislador ha tenido en cuenta las posturas doctrinales y jurisprudenciales en las que se recogían los requisitos que deberían reunir las resoluciones judiciales habilitantes de la intervención, con la finalidad de garantizar el ejercicio del derecho de defensa y facilitar el control jurisdiccional de la medida.

Así, el Tribunal Supremo ya consideró, respecto de la intervención telefónica, la posibilidad de fijar el contenido de la resolución autorizante, señalando al respecto que en el auto deberán figurar necesariamente, el hecho delictivo objeto de investigación, el número o números que han de intervenir, las personas cuyas conversaciones vayan a ser intervenidas, los sujetos que realizarán la intervención y en qué forma, los períodos de tiempo en que deberá darse cuenta al juez del resultado obtenido. Además, también se ordenará la entrega de los soportes originales de las grabaciones⁴¹.

En la misma línea se posicionaba la doctrina, llegando a explicitar detalladamente el contenido de la resolución autorizante: hecho delictivo que se persiguen en la causa; finalidad de la medida; justificación de su necesidad e idoneidad; indicios que la justifican; identidad de los sujetos sobre los que recae la intervención; conversaciones que han de intervenir, ya sea una determinada o por un período de tiempo; duración de la medida; funcionarios que la ejecutarán; períodos de control; entrega de los soportes originales; entrega de un acta con las

⁴⁰ N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., pág. 146.

⁴¹ ATS de 18 de junio de 1992, V. también las SSTs de 7 de febrero de 1997; 18 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1997, 3 de febrero de 1998.

incidencias de la ejecución⁴².

El citado artículo 588 bis c) determina el contenido que al menos debe figurar en la resolución autorizante, recogiendo elementos que coinciden puntualmente con los que años antes habían apuntado doctrina y jurisprudencia:

Artículo 588 bis c. 3: “La resolución judicial que autorice la medida concretará al menos los siguientes extremos:

- a) *El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.*
- b) *La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.*
- c) *La extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a.*
- d) *La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.*
- e) *La duración de la medida.*
- f) *La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.*
- g) *La finalidad perseguida con la medida.*
- h) *El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia.*

4.3. *El principio de proporcionalidad*

Aunque la Constitución española no regula expresamente el principio de proporcionalidad, su rango constitucional se deduce de varios de sus preceptos. El sistema de valores recogidos constitucionalmente, consagra la libertad y seguridad como pilares fundamentales del Estado de Derecho, y como fundamento del orden político y de la paz

⁴² Cfr. M^a. L. NOYA FERREIRO, *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs., 254-255. En el mismo sentido, J. M^a. ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op. cit., pág. 107; E. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, *El régimen jurídico...*, op. cit., pág. 18; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 139-147; J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional...*, op. cit., pág. 65-66; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 80; J. MONTERO AROCA, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 82; V. MORENO CATENA, *Garantía de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 158, entre otros muchos.

social. En este sentido, la libertad dota de contenido al principio de proporcionalidad, favoreciendo la efectividad de los derechos fundamentales⁴³. También el artículo 9 CE fundamenta su engarce constitucional, al prohibir la arbitrariedad de los poderes públicos en sus actuaciones. Finalmente, el artículo 10 CE proporciona dos referencias importantes, de un lado al regular constitucionalmente la dignidad humana, y de otro al residenciar en los tratados y convenios internacionales la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad ha sido objeto de desarrollo doctrinal, realizando González-Cuellar un amplio estudio en el que analiza su naturaleza y régimen jurídico. Señala este autor que la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto forman parte de su contenido esencial, y por tanto su observancia es de estricto cumplimiento en la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, y en este caso de la intervención de comunicaciones⁴⁴.

La idoneidad supone que el examen previo de la instrucción determina que la medida de intervención es la más adecuada para conseguir el fin perseguido. Tal y como se ha recogido doctrinalmente, la medida debe ser por su naturaleza la más apta para la consecución del fin previsto, y su duración ha de estar en estrecha relación con su finalidad, estando dirigida además para la investigación de un sujeto individualizado.

La necesidad conlleva, que de todas las medidas idóneas o aptas para la finalidad perseguida, se debe elegir aquella que cause una menor lesión al sujeto afectado. Si el resultado puede obtenerse a través de otra medida que implique una restricción menor de los derechos fundamentales, no estaría constitucionalmente justificada la adopción de la medida de intervención de comunicaciones. Debe valorarse que la intromisión sea esencial para conseguir el fin perseguido, frustrándose dicha finalidad de no adoptarse la medida.

También la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de

⁴³ V. en este sentido N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales ...*, op. cit., pág. 54; G. PECES BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 13. V. también STC 65/1986, de 22 de mayo.

⁴⁴ N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales ...*, op. cit., pág. 69 y 153; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 40; E. PEDRAZ PENALVA, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana*, *Poder Judicial*, número 17, 1990, pág. 343.

proporcionalidad en relación a la necesidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales. El Tribunal Supremo ha afirmado en este sentido que “*la resolución autorizando la escucha de las conversaciones telefónicas de una persona tiene que concederse con carácter excepcional y siempre que no exista otro medio de investigación menor incisivo que permita el desenvolvimiento de la actividad judicial sin interferir y dañar derechos y libertades fundamentales...*”⁴⁵.

Finalmente, conforme a la proporcionalidad en sentido estricto, el órgano jurisdiccional ha de valorar, ponderando los intereses en conflicto, si se justifica el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de un individuo, en relación con la importancia del interés estatal que se trata de proteger. Si el juez llega a la conclusión de que, partiendo de ese interés estatal, el sacrificio resulta excesivo habrá de denegar la medida, aunque se hayan cumplido los otros dos presupuestos. Por tanto, el peso o la ponderación de los intereses enfrentados resulta decisivo para su adopción. En dicha ponderación es importante valorar también la incidencia de la medida en otros derechos fundamentales del sujeto investigado, o de otras personas que se pueden ver indirectamente afectadas⁴⁶.

La importancia de esta operación, adquiere mayor relevancia si cabe en aquellos casos, como era el de nuestro ordenamiento jurídico anterior a la reforma de la Ley 13/2015, en que los presupuestos y requisitos de la limitación no estaban establecidos en una norma legal, resultando por tanto imprescindible realizar la citada ponderación en cada supuesto concreto con un análisis claro y preciso de los intereses en juego. Para González-Cuellar, podrían establecerse ciertos criterios de referencia para la defensa del interés estatal, como son las consecuencias jurídicas del hecho delictivo, la importancia de la causa en relación con el bien jurídico protegido, y el grado de imputación del sujeto, cuestiones éstas que han de medirse atendiendo a la existencia de indicios claros y suficientes⁴⁷.

Es importante destacar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este sentido, y mucho más al ser anterior a toda regulación de las medidas de intervención de las

⁴⁵ STS de 25 de junio de 1993. V. también SSTC 62/1982, de 15 de octubre. SSTS de 18 de junio de 1993, 25 de junio de 1993, 18 de abril de 1994, 27 de septiembre de 1994, 4 de noviembre de 1994, 12 de enero de 1995, 20 de enero de 1995, 22 de enero de 1996, 11 de marzo de 1996, 15 de marzo de 1996, 12 de abril de 1996, 24 de junio de 1996, 18 de julio de 1996, 29 de julio de 1996, 8 de julio de 1997, 14 de febrero de 1998 y 23 de febrero de 1998.

⁴⁶ V. STC 37/1989, de 15 de febrero.

⁴⁷ N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales ...*, op. cit., pág. 252 y ss.

comunicaciones telefónicas. Afirma el Tribunal, que para la correcta aplicación del principio de proporcionalidad el juez ha de tener en cuenta todos los datos que concurren en el supuesto de que se trate, tanto los intereses estatales como los individuales, considerando a este respecto que “*la apreciación de la necesidad de limitación de un derecho fundamental y el cálculo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pudieron ser enunciados en la mente del juez a falta de un examen, ni siquiera mínimo, del objeto sobre el que recayó su prohibición, que constituye así una ablación del derecho a comunicar y a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución, así como un acto contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad (art.9.3)*”⁴⁸.

La importancia del principio de proporcionalidad, como garante de la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, se reconoce por el legislador de la Ley 13/2015, al regularlo en las disposiciones comunes a las medidas de interceptación de comunicaciones, considerándolo además como principio rector de su régimen jurídico. Así, en el artículo 588 bis a) LECrim, condiciona su adopción a la existencia de una previa instrucción de la causa, a la autorización judicial y a la sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Como vemos una vez más el legislador recoge las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales realizadas durante tantos años.

5. *Ámbito de aplicación*

La previsión legislativa de las categorías de hechos delictivos respecto de los que sería posible acordar una medida de intervención de las comunicaciones, ya se había reclamado por algún sector doctrinal con anterioridad a su actual regulación por el artículo 579 de la Ley procesal penal, precepto al que remiten los artículos 588 ter a) y 588 quarter b) de la citada norma, cuando regulan los presupuestos para la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones telefónicas y *vis a vis*.

Así, se consideraba que la adopción de este tipo de medidas, que incidían de forma tan grave en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, exigía la incoación de un proceso penal por delitos graves, aunque también se matizaba que la concurrencia de circunstancias excepcionales apreciadas por el juzgador permitiría su adopción respecto de

⁴⁸ STC 13/1985, de 31 de enero.

delitos menos graves.

En este contexto, y al no disponer de un catálogo delictivo al que remitirse, se tomaba como referencia el artículo 8.2 CEDH, que además de la necesaria previsión legislativa, exigía la trascendencia social y el interés colectivo enmarcado en las garantías de un Estado de Derecho. López-Fragoso ya propuso en su momento, la reforma del artículo 579 LECrim, para introducir un catálogo de delitos o criterios que sirvieran de referencia para adoptar las medidas de intervención telefónica⁴⁹. En la misma línea, López-Barja señalaba que las referencias del Convenio a las circunstancias que harían posible la adopción de las medidas de intervención en la esfera privada de las personas, podrían reconducirse a la protección del interés social. *“Sólo en razón de intereses generales puede interferirse en la esfera privada de la persona”*⁵⁰.

También la jurisprudencia defendió una regulación más precisa, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica, y de proporcionar al juzgador una guía de referencia para la adopción de medidas tan restrictivas del ámbito privado de las personas.

En este sentido, el Tribunal Supremo recogió en alguna de sus resoluciones una serie de tipos delictivos sobre los que no habría duda a la hora de adoptar este tipo de medidas, señalando que *“Ciertamente la ley procesal vigente no enumera -como otras leyes europeas- los delitos que permiten para su descubrimiento recurrir a la intervención telefónica. La jurisprudencia ha aceptado -por regla- que la exigencia de proporcionalidad no ofrece dudas en los delitos de tráfico de drogas y en delitos cometidos por bandas armadas. No obstante, los delitos violentos, entre ellos el robo con violencia en las personas tienen una gravedad que no ha sido puesta en duda en ningún momento. Prueba de ello es que en el derecho europeo este delito aparece, por ejemplo, en la enumeración contenida en el parágraf. 100 a 2. de la Ordenanza Procesal Alemana. Se trata, como es claro, de hechos que tienen riesgo para bienes jurídicos personales de singular importancia y que, por ello, justifican una medida como la intervención telefónica”*⁵¹.

⁴⁹ T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., págs., 70 a 72.

⁵⁰ J. LOPEZ-BARJA DE QUIROGA, *Las escuchas telefónicas...*, op. cit., pág. 33. V. también R. MARTÍN MORALES, *El régimen constitucional...*, op. cit., págs. 122-123, quien ante la falta de previsión normativa sobre los tipos delictivos que permitirían la adopción de medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones, considera que únicamente serían legítimas y proporcionales frente a hechos delictivos graves, instando a una reforma legal en este sentido. Más recientemente, V. GIMENO SENDRA, *La intervención de comunicaciones telefónicas y electrónicas*, en *Revista El Notario*, número 39, 2011, ha considerado que desde un punto de vista jurídico sustantivo la adopción de una intervención telefónica exige que el objeto de la instrucción lo constituya un delito grave. *“En un Estado democrático, las intervenciones telefónicas no debieran estar arbitradas para descubrir la comisión de delitos en general, sino para preconstituir la prueba tan solo de aquellos hechos punibles, de singular gravedad o relevancia social, y que, habiendo sido previamente denunciados, constituyan el objeto de una instrucción judicial en curso”*.

⁵¹ STS 1426/1998, de 23 de noviembre. V. también STS 122/2015, de 29 de enero.

Más genéricamente, pero de forma similar afirmó que “*sólo cabe la intervención para descubrir delitos graves, no en general, sino en función de las circunstancias concretas concurrentes, es decir, excluyéndose los delitos que no lo son y, obviamente, las faltas*”⁵². Si bien esta afirmación se matiza luego por el propio Tribunal, considerando posible extender su ámbito de aplicación a aquellos ilícitos penales en los que las circunstancias concurrentes, o la trascendencia social de la infracción, hagan aconsejable la utilización de medidas tan excepcionales⁵³.

Son así constantes las referencias jurisprudenciales a la gravedad del hecho investigado y a su relevancia social⁵⁴.

Haciéndose eco de estas consideraciones el legislador de la Ley 13/2015, establece en el artículo 579 LECrim los tipos delictivos que permiten la adopción de las medidas de intervención de las comunicaciones, incluyendo en el caso de las intervenciones telefónicas los delitos cometidos a través de instrumentos informáticos, o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación, o servicio de comunicación⁵⁵. De esta forma, regula las siguientes de categorías delictivas:

- 1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.
- 2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.
- 3.º Delitos de terrorismo.

⁵² ATS de 18 de junio de 1992.

⁵³ V. SSTs de 25 de junio de 1993; 18 de junio de 1993, 5 de julio de 1993, 27 de junio de 1994, 12 de enero de 1995, entre otras muchas.

⁵⁴ V. en este sentido las SSTC 166/1999 de 27 de septiembre; V. también las SSTC 171/1999, de 27 de septiembre; 126/2000, de 16 de mayo; 299/2000 de 11 de diciembre; 14/2001, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001 de 15 octubre.

⁵⁵ No se considera oportuno, fundamentalmente porque excederíamos con mucho la finalidad de este trabajo, entrar en las numerosas críticas que ha merecido esta regulación, al poner en entredicho la excepcionalidad de la medida, permitiendo su adopción en delitos con pena de hasta tres años, lo que amplía excesivamente su ámbito de aplicación. Tanto es así que el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al 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 integración tecnológica, ya lo consideraba un error de redacción, señalando que la mención a los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, “... parece ser un error del prelegislador, debiendo entenderse que el precepto se refiere a los delitos dolosos castigados con pena con límite mínimo de tres años de prisión, y no con límite máximo de al menos tres años, tal y como establece...”.

6. *Sujetos investigados por la medida y terceros afectados*

La intervención de las comunicaciones personales con fines investigadores o probatorios, aparece como medida post-delictual que la autoridad judicial puede acordar una vez recibida la *notitia criminis*, e incoadas las diligencias correspondientes. El artículo 18.3 CE, no ampara las limitaciones al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones realizadas con finalidades preventivas.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2015, la doctrina era unánime al considerar que la adopción de estas medidas exigía, como ya se ha señalado, la previa incoación de un proceso penal, y la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre una persona concreta y determinada, que será objeto de investigación. Consideraban en este sentido, que la originaria redacción del artículo 579 LECrim, haciendo referencia al término de “procesado”, no obedecía en realidad a la exigencia del auto de procesamiento como requisito previo para la adopción de la medida, sino a la inercia derivada de regulaciones anteriores. Así lo señaló López-Fragoso al afirmar que “... parece que el legislador por fuerza de la costumbre ha seguido manteniendo la original redacción del art. 579 LECrim, la cual corresponde a un momento histórico en que el auto de procesamiento era medida común para todo tipo de delito, situación ésta que se vio modificada en 1967 y reiterada en mayor profundidad en 1988”⁵⁶. Además, la exigibilidad del auto de procesamiento impediría la adopción de la medida para aquellos hechos delictivos cuyo enjuiciamiento siguiera los trámites del procedimiento abreviado, proceso en el que no se requiere el auto de procesamiento, pero por el que se tramitan en la actualidad el mayor número de causas criminales.

En la misma línea el Tribunal Supremo consideró que “... el precepto citado se refiere indebidamente a la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, cuando lo normal es que la medida se adopte en el inicio de una investigación, momento en el que es prematuro adoptar una resolución judicial procesando o incluso inculcando a la persona objeto de las pesquisas judiciales”⁵⁷.

Sobre la calidad de los indicios y su significado, ya se pronunció el Tribunal Constitucional en 1984, relacionándolos con los “... datos y circunstancias de valor fáctico, que representando más que una mera probabilidad, y menos que una certeza, supongan por sí mismos la

⁵⁶ T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., pág. 56.

⁵⁷ STS 960/1999, de 15 de junio.

*probabilidad de comisión de un delito...'*⁵⁸. También señalaba que “...*si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la C.E. lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido*”⁵⁹.

Para el Tribunal Supremo, en el momento de “... *tomar una decisión de esta naturaleza es necesario que el juez actúe en función de una serie de datos que revelen de manera suficiente la existencia de indicios fundamentados y contrastados que, a primera vista, justifican la adopción de medidas excepcionales que invaden la intimidad de la persona, tanto en su ámbito espacial, el domicilio, como en la faceta estrictamente personal, la interceptación de las comunicaciones telefónicas*”⁶⁰.

Partiendo de estas consideraciones, resulta evidente que la determinación del sujeto pasivo de la medida y su relación con el hecho delictivo investigado, deberá integrarse en la resolución judicial autorizante. Así lo recogía ya el Tribunal Supremo cuando precisaba que “*la medida se proyectará únicamente sobre los teléfonos de las personas que aparecen indiciariamente implicados en la noticia del hecho delictivo, bien se trate del titular del número interceptado, o bien, uno de sus usuarios habituales, sin que pueda extenderse a otros abonados que de manera indirecta e indeterminada pudieran estar remotamente relacionados con los hechos que son objeto de investigación*”⁶¹.

No obstante, tal y como también afirma el Tribunal, no parece imprescindible la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas, resultando legítimas aquellas que recaen sobre algunos sospechosos, se orientan a la identificación de otros partícipes⁶².

Al hilo de estas consideraciones es preciso abordar dos cuestiones de singular importancia, la primera, relativa a la posibilidad de acordar la intervención telefónica respecto de terceras personas contra las que no existe un proceso penal en curso, pero en las que concurre la circunstancia de actuar como intermediarios involuntarios del investigado; y la segunda, referida a hasta qué punto la intervención telefónica puede afectar a terceros

⁵⁸ STC 289/1984, de 16 de mayo

⁵⁹ STC 49/1999, de 5 de abril. V, también las 171/1999 de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 14/, de 29 de enero; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre; 220/2006 de 3 de julio, entre muchas otras.

⁶⁰ STS de 25 de junio de 1993. Así, en el Auto de 18 de junio de 1992 afirma que “*Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra «indicio» del art. 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, como dice la doctrina científica, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica*”.

⁶¹ STS 25 de julio de 1993.

⁶² STC 150/2006, de 22 de mayo.

totalmente ajenos a la investigación, pero cuyas conversaciones resultan escuchadas de forma casual por utilizar el mismo aparato telefónico que el sujeto pasivo.

Resulta obvio que la intervención telefónica respecto de terceros intermediarios exige del juez un uso restrictivo de la medida y limitado a supuestos excepcionales, no siendo posible decretar la intervención de las comunicaciones de cualquier tercero que guarde relación con el imputado. Para que la extensión de la intervención a una tercera persona sea lícita, el juez debe tener constancia, además de la relación que une a ese tercero con el imputado, de que aquél está siendo utilizado para la comisión del hecho delictivo; constancia que, al igual que la sospecha que se exige para acordar la intervención de las comunicaciones del imputado, ha de ser cierta y no basada en simples conjeturas o deducciones.

La doctrina se ha pronunciado en su momento sobre esta cuestión, señalando que sólo cabe una interpretación subjetiva de la expresión utilizada por el artículo 579 LECrim en su redacción originaria, “*de las comunicaciones de las que se sirven*”; esto es, no como relativa al modo de comunicación, sino como la viabilidad de utilizar la medida respecto de todas las comunicaciones, incluyendo las de terceros, cuando, como recoge la Ley procesal alemana, estas personas reciben comunicaciones para el investigado, o que provienen de él, o que las pasan ,o que el inculcado usa su enlace⁶³.

También la jurisprudencia avaló la adopción de estas medidas respecto de terceros intermediarios, afirmando que la resolución judicial autorizante deberá identificar los datos objetivos que permitan colegir que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión, o de quienes con ella se relacionaban⁶⁴.

Consideraba el Tribunal Supremo, en relación con el viejo artículo 579 LECrim, que “... *La norma habla genéricamente de las comunicaciones telefónicas que pueda mantener el procesado o más bien sospechoso, por lo que no existe obstáculo alguno para acordar la intervención del teléfono de un tercero cuando se sospecha fundadamente, que puede ser utilizado para enviar o captar mensajes o mantener conversaciones, cuyo contenido puede tener intereses para la investigación en marcha. En este caso deberá extremarse la motivación, ya que se afecta, al mismo tiempo, al derecho a la intimidad y secreto de las*

⁶³ En este sentido v. J.M^a. ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op. cit., pág.110; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Las intervenciones telefónicas*, op. cit., p. 456.

⁶⁴ V. SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre, entre otras.

*comunicaciones de personas que, en principio, no están directamente implicadas en las investigaciones en marcha*⁶⁵.

Pero la ejecución práctica de la medida de intervención telefónica puede afectar también a personas que, sin relación alguna con el hecho investigado, mantienen, ocasional o periódicamente, conversaciones con el investigado. La instalación de un dispositivo en un aparato telefónico conllevará en la práctica la inevitable captación de conversaciones ajenas a la investigación. En este caso (conversación mantenida por personas ajenas completamente al hecho investigado y que no tienen relación con el imputado), la medida deja de cumplir su objetivo y la escucha debe interrumpirse inmediatamente. Mantener una escucha en tales condiciones carece de cobertura legal, convirtiéndose la intromisión en ilícita, pudiendo los terceros afectados interponer los recursos pertinentes para exigir su resarcimiento⁶⁶.

Para evitar interpretaciones contradictorias, y en respuesta a las indicaciones doctrinales y jurisprudenciales, el legislador de la Ley 13/2015, delimita el ámbito subjetivo de este tipo de medidas en varios preceptos. Cuando se ocupa de la regulación de la solicitud de adopción de la medida de intervención y del contenido de la resolución autorizante (arts. 588 bis b) y c), recoge expresamente la mención a la identidad del investigado y de “*cualquier otro afectado por la medida*”, siempre que estos datos sean conocidos. También dedica un precepto a la regulación de la afectación de las medidas a terceros (art. 588 bis h), permitiendo su adopción “... *con las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas*”. Finalmente, y con más precisión, se ocupa de ello en los preceptos dedicados a al intervenciones telefónicas y telemáticas, concretamente en el artículo 588 ter c), recogiendo los requisitos de dichas intervenciones, que se corresponden con las condiciones previstas anteriormente por doctrina y jurisprudencia.

7. *Duración de la medida y control judicial*

7.1. *Duración y prórroga de la medida*

Como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la adopción de una

⁶⁵ STS 960/1999, de 15 de junio. V. también las SSTC 49/1999, de 15 de abril; SSTS de 18 de marzo 1994; de 25 de junio de 1993; 18 de marzo de 1994; 22 de marzo de 1997; 4 de febrero de 1998; 22 de abril de 1998; 21 de septiembre de 1998; 15 de julio de 2004; 17 de octubre de 2005, entre otras.

⁶⁶ N. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 184.

escucha telefónica por tiempo indefinido resulta intolerable en un sistema democrático, incluso para la salvaguarda de las instituciones⁶⁷. De ahí la necesidad de determinar el plazo máximo durante el cual pueda mantenerse legítimamente una intervención telefónica. La regulación del viejo artículo 579.3 LECrim, sobre dicho plazo ha merecido la crítica doctrinal y jurisprudencial, por considerarlo excesivo al ponerlo en relación con el número ilimitado de prórrogas que también preveía el precepto.

Además, se había puesto también de relieve la falta de coordinación entre el plazo establecido para la ejecución de la medida y el previsto para el secreto del sumario, resultando obvio que su declaración será requisito imprescindible para el éxito de la medida⁶⁸. Por tanto, resultaría ilógico acordar inicialmente una intervención telefónica por tiempo superior a un mes, en cuanto transcurrido ese tiempo, sino se ampliaba el plazo del secreto, la medida debía notificarse al sujeto pasivo. No se comprendía entonces como la Ley procesal penal fijaba un plazo mayor (tres meses) para la intervención telefónica. Pero incluso en el supuesto probable de que el plazo del secreto del sumario se prolongue por razones de eficacia de la instrucción, tal y como se permitía por el Tribunal Constitucional⁶⁹, no parece que esa prórroga pueda alcanzar un período tan amplio (ilimitado), como el previsto en el art. 579.3^o LECrim, cuestión ésta que también había sido puesta de relieve por la doctrina⁷⁰.

Dando solución a este problema, el legislador de la Ley 13/2015 regula en el artículo 588bis d), que el secreto de la medida se producirá automáticamente desde el mismo momento de su solicitud al sustanciarse una pieza separada de la causa. Sobre la necesaria apertura de esta pieza separada ya se había pronunciado López-Fragoso, que defendía su incoación desde el momento del acuerdo de la medida, integrando en ella todas las circunstancias y actuaciones relacionadas con la intervención⁷¹.

En todo caso, el plazo previsto en el viejo art. 579.3^o LECrim, debía interpretarse como plazo máximo de la medida, debiendo la autoridad judicial acordar la intervención

⁶⁷ STEDH de 6 de septiembre de 1978, *Caso Klass y otros*.

⁶⁸ ATS 18 de junio de 1992

⁶⁹ STC 176/1988, de 4 de octubre

⁷⁰ J. M^a. ASECIO MELLADO, *Prueba prohibida...*, op. cit., pág. 111; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, *Proporcionalidad y derechos...*, op. cit., pág. 95; J.A. DIAZ CABIALE, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, número 20, 1991, pág. 152; V. MORENO CATENA, *Garantía de los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 160.

⁷¹ T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas...*, op. cit., págs. 86-87.

únicamente por el tiempo estrictamente necesario para la obtención de resultados efectivos en la investigación criminal (arts. 10 y 53.1º CE en relación con la eficacia de los derechos fundamentales y el respeto al contenido de los mismos, y de acuerdo con el principio de lesión mínima del art. 552 LECrim). Cumplida la finalidad de la medida, o desaparecidos los presupuestos que motivaron su adopción, deberá acordarse su inmediato levantamiento, aunque el plazo máximo de duración no haya sido superado.

A esta conclusión llega el legislador de las medidas de investigación tecnológica al establecer en el artículo 558 bis e) LECrim, que este tipo de medidas “*no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos*”. No obstante, en el precepto dedicado a la duración de la intervención telefónica (artículo 588 ter g), prevé un plazo máximo inicial de 3 meses.

La necesaria determinación de un plazo de duración de las medidas de intervención de comunicaciones, no debe impedir que en determinados supuestos y por razones de la investigación, pueda acordarse su ampliación para garantizar el éxito de la instrucción. En la regulación anterior a la reforma de la Ley 13/2015, dicha ampliación implicaba también la prórroga del secreto sumarial.

La ampliación del plazo inicial obliga a considerar dos aspectos importantes: la necesidad de limitar el número máximo de prórrogas que el juez puede acordar (lo que no contemplaba el viejo artículo 579.3º LECrim), y la exigencia de que la autoridad judicial efectúe una nueva valoración de los presupuestos y circunstancias que indujeron a su adopción.

Esta última cuestión ya se había puesto de relieve por el Tribunal Constitucional al considerar que “... *la justificación exigida para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones ha de ser observada también "en todas aquellas resoluciones en las que se acuerde la continuación o modificación de la limitación del ejercicio del derecho, expresándose en todo momento las razones que llevan al órgano judicial a estimar procedente lo acordado", ya que "la motivación ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que, en su día, determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas", sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta integración de la motivación de la prórroga por aquella que se ofreció en el momento inicial. La necesidad de control judicial de la limitación*

*del derecho fundamental exige aquí, cuando menos, que el juez conozca los resultados de la intervención acordada para, a su vista, ratificar o alzar el medio de investigación utilizado*⁷².

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo al considerar que “... *La prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente. Lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando -como aquí sucede- lo que apoya la nueva solicitud de prórroga no es un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención originaria sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la misma necesidad, y de la misma justificación*”⁷³.

El legislador lo regula ahora en el artículo 588 bis e).2 y 588 bis f) 2. LECrim, recogiendo expresamente la exigencia de motivación del auto que prorrogue la medida.

7.2 *Control judicial*

Una de las cuestiones más debatidas doctrinal y jurisprudencialmente antes de la regulación de las medidas de investigación tecnológica era el alcance del control judicial de la medida. Resulta obvio que la ejecución material de la medida será encomendada a funcionarios policiales o a técnicos especialistas. Para ello, y a efectos de que el juez pueda determinar la continuidad o el cese de la medida, debería constar en la resolución autorizante los extremos de la ejecución, y el procedimiento a seguir tanto en la escucha y grabación, como en la entrega periódica de su resultado.

Como punto de partida para el análisis de este requisito, resulta imprescindible poner de relieve los dos tipos de control judicial que se han de llevar a cabo durante la intervención de comunicaciones, diferenciando entre el denominado control de constitucionalidad y el control de legalidad ordinaria. Ya el Tribunal Supremo lo pone de relieve afirmando

⁷² STC 181/1995, de 11 de diciembre; V, también las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 171/1999, de 27 de septiembre; 236/1999, de 20 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 82/2002, de 22 de abril; 261/2005, de 24 de octubre; 239/2006, de 17 de julio; 26/2010, de 27 de abril; 25/2011, de 14 de marzo, entre otras.

⁷³ STS 645/2010, de 24 de mayo; V, también las SSTS 25 de junio de 1993; 25 de marzo de 1994; 27 de septiembre de 1994; 2 de abril de 1996; 18 de abril de 1997; 7 de febrero de 1998; 11 de mayo de 1998.

expresamente que “*el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad. Pero no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado — entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido— pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización... Cuestión distinta es que la defectuosa incorporación a las actuaciones de su resultado no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia. Mas al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo, mediante las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas... Todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a las custodia de las originales y a la transcripción de su contenido no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE*”⁷⁴.

De esta forma, el control judicial de la medida durante la fase de ejecución forma parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, y así lo ha señalado doctrina y jurisprudencia⁷⁵. Sólo a través de dicho control puede supervisarse su desarrollo garantizando el juicio de proporcionalidad. Así lo continúa afirmando en sentencias recientes el Tribunal Supremo, cuando señala que “*forma parte del contenido esencial del artículo 18.3 CE la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga, y que en el momento de la adopción de la medida las resoluciones deben explicitar todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pues por la propia naturaleza del mecanismo de investigación, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción*”⁷⁶.

Para el Tribunal Constitucional “*...el control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida,*

⁷⁴ STC 121/1998, de 15 de junio. V. también las SSTC 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 236/1999, de 20 de diciembre; 237/1999, de 20 de diciembre; 75/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 126/2000, de 16 de mayo; 202/2001, de 15 de octubre; 82/2002, de 22 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 165/2005, de 20 de junio; 150/2006 de 22 de mayo; 9/2011, de 28 de febrero entre otras.

⁷⁵ SSTS. 56/2009 de 3 de febrero; 924/2009 de 7 de abril.

⁷⁶ STS 491/2019, de 16 de octubre. V. también las SSTC 197/2009, de 28 de septiembre. Y las SSTS 116/2013, de 21 de febrero; 821/2012, de 31 de octubre, 629/2011, de 23 de junio, 628/2010, de 1 de julio.

*es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención, y en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otro caso (Sentencia T.E.D.H., caso Klass, de 6 de septiembre de 1978, caso Malone, de 2 de agosto de 1984, y caso Kruslin de 24 de abril de 1990), las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada*⁷⁷.

En este contexto, una de las cuestiones más debatidas antes de la reforma, se centraba en decidir si el control debería hacerse directamente por el juzgador, o incluso por el letrado de la administración de justicia, o era suficiente que la unidad policial o técnica de ejecución procediera a la entrega del resultado con el control posterior del juez.

No se puede decir que en esta ocasión la jurisprudencia haya sido unánime. El Tribunal Constitucional en algunas de sus resoluciones consideró suficiente que la unidad policial procediera a la entrega periódica del resultado obtenido con la intervención, aportando transcripciones de las conversaciones más relevantes. Así señalaba que «... respecto al conocimiento y consideración de su resultado por el órgano judicial resulta suficiente con constatar —como deriva de las actuaciones y ha quedado constancia en los antecedentes— que la policía aportó al Juzgado dichos resultados a través de las transcripciones y las copias de las grabaciones de las conversaciones relevantes y mediante los informes efectuados mientras se llevaban a cabo, siendo suficiente a los efectos de considerar que el Juez ha tenido puntual información de los resultados de la intervención»⁷⁸.

En el mismo sentido se pronunciaba también el Tribunal Supremo cuando consideraba que “... el control efectivo judicial del contenido de la intervención, se puede efectuar, y así se hace de ordinario, bien a través de los propios informes policiales en los que se va dando cuenta de los datos relevantes de la investigación, complementados con las transcripciones más relevantes, con independencia de que, además se envíen las cintas íntegras para su introducción, si se solicitase en el Plenario, por lo que no es preciso la

⁷⁷ STC 49/1996, de 26 de marzo. V. también las SSTC166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre ; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre.

⁷⁸ STC 184/2003, de 23 de octubre; V. también STC 82/2002, de 22 de abril; 205/2005, de 18 de julio; 26/2006, de 30 de enero; 239/2006, de 17 de julio; 197/2009, de 28 de septiembre; 26/2010, de 27 de abril; 72/2010, de 18 octubre, entre otras.

*audición directa de las cintas por el Sr. Juez Instructor*⁷⁹.

No obstante, también se encontraban posturas más garantistas, como la defendida por el Tribunal Supremo en otras resoluciones, en la que incluso precisaba las indicaciones que deben figurar en el auto autorizante, haciendo mención expresa a que señale “...*el tiempo por el que se autoriza la intervención. d) Que se designen los funcionarios de la policía judicial a los que se encomienda la práctica de las escuchas. e) Que se señale un plazo en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica. f) Que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado. g) Que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes. h) Que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral*”⁸⁰.

Así, el control directo de la ejecución corresponderá al juez que ordenó la medida, debiendo indicarse en el auto que la autoriza la periodicidad con que se efectuará dicho control (81). La unidad policial ejecutante ha de entregar al juez los soportes originales de las grabaciones, sin que se les autorice a realizar copias o transcripciones⁸².

En esta segunda línea el Tribunal Constitucional, señala que “es también indispensable que el control judicial efectivo, que «se integra en el contenido esencial del derecho», se mantenga vivo durante «el desarrollo y cese de la misma». De manera que, de no ser así, «queda afectada la constitucionalidad de la medida. Más en concreto, cuando instaurada ésta, se aduzca un conocimiento obtenido mediante la misma para extenderla a otros sujetos «el mínimo indispensable del control» demanda «la constatación por el órgano jurisdiccional de la coincidencia entre las cintas grabadas y sus transcripciones» con el consiguiente reflejo «en las actuaciones en la correspondiente diligencia». De tal manera que la ausencia de esta constatación «pone de manifiesto que el preceptivo control no se ejerció, sino que se dio por

⁷⁹ STS 165/2013, de 25 de marzo. En este sentido se había pronunciado ya el Tribunal en sus SSTS de 22 de enero de 1996; de 12 de diciembre 2000.

⁸⁰ STS 12 de abril de 1997.V. también SSTS de 11 de octubre de 1994; 8 de febrero de 1997; 19 de octubre de 1996; 4 de febrero de 1997, 12 de diciembre de 2000.

⁸¹ (STS 25 de junio de 1993, 29 de junio de 1993, 15 de julio de 1993, 25 de marzo de 1994, 18 de abril de 1994, 4 de noviembre de 1994, 12 de enero de 1995, 24 de febrero de 1995, 8 de febrero de 1997, 7 de febrero de 1997, 18 de abril de 1997, 26 de mayo de 1997, 24 de junio de 1997, 20 de enero de 1998).

⁸² SSTS 22 de enero de 1997, 7 de abril de 1997, 24 de junio de 1997, 4 de febrero de 1998, 14 de febrero de 1998, 16 de febrero de 1998, 4 de abril de 1998, 23 de septiembre de 1998; 18 de febrero de 1999.

bueno sin constatación alguna lo que era una deducción policial del contenido de las escuchas precedentes⁸³.

Incluso se ha defendido la ausencia de control cuando no se ha fijado en la resolución autorizante la duración de la medida, los períodos en que ha de darse cuenta al juez de los resultados obtenidos, o cuando el órgano jurisdiccional no realiza un seguimiento del desarrollo de la medida⁸⁴.

Este debate jurisprudencial se mantiene hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2015, que opta por una combinación de las posturas defendidas hasta ese momento. Así, en su artículo 588 ter f) determina la puesta a disposición judicial de las grabaciones íntegras, pero permitiendo también que se adjunte una transcripción de los pasajes de interés.

Abstract

Intervention measures for private communications have been for many years orphaned by regulation in the Spanish legal system. Despite the attempts of Law 4/1988, of May 25, which introduces the measure of telephone intervention in the Criminal Procedure Law, to give legislative coverage to the restriction of the fundamental right to secrecy of communications, it is evident that the legislator's attempt does not meet the minimum expectations. This situation, which despite the calls of attention of the ECHR continues until 2015, obliges the Constitutional Court and the Supreme Court to carry out a jurisprudential construction of the legal regime of this type of measures, providing the necessary guarantees so that they can be used effectively in the criminal process. This paper aims to highlight this construction of the Spanish courts, and how they represent the antecedent of the regulation addressed by Law 13/2015, of April 5, amending the Criminal Procedure Law, to strengthen of procedural guarantees and regulation of technological investigation measures.

Santiago, novembre 2020.

⁸³ STC 299/2000. V. también la STC 252/2003 de 19 febrero.

⁸⁴ SSTC 49/1996, de 27 de marzo; 49/1999, de 5 de abril; 166/1999, de 27 de septiembre; 299/2000, de 11 de diciembre; 138/2001, de 18 de junio; 202/2001, de 15 de octubre; 167/2002, de 18 de septiembre.