



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Máster de Acceso a La Abogacía 2.017-2.019

**Universidad de La Laguna. Facultad de Derecho / Escuela de Práctica
Jurídica de Tenerife**

Derecho al Secreto de las Comunicaciones

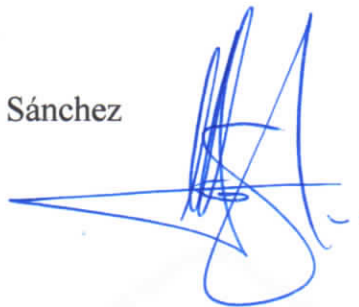
Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal Español

- Realizado por la alumna Doña Haridian Peraza Torres
- Tutorizado por el Profesor-Doctor Don Gerardo Pérez Sánchez
- Departamento: Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho
- Área de conocimiento: Derecho Constitucional

El Profesor Dr. Gerardo Pérez Sánchez, como Tutor del Trabajo Fin de Máster titulado “Derecho al Secreto de las Comunicaciones. Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal Español”, realizado por D^a. Haridian Peraza Torres en el Máster de Abogacía, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa. Lo que firmo, a los efectos oportunos.

En San Cristóbal de La Laguna, a 28 de Enero de 2019

Firmado: Dr. Gerardo Pérez Sánchez



INFORME DEL TUTOR DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

<u>MÁSTER DE ABOGACÍA</u>			
DATOS DEL ALUMNO/A			
Nombre	Primer apellido	Segundo apellido	D.N.I
Haridian	Peraza	Torres	78.644.074-J

TITULO DEL TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

- Derecho al Secreto de las Comunicaciones. Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal Español.

TUTOR	
Nombre: Gerardo	Apellidos: Pérez Sánchez

MOTIVACIÓN DE LA CALIFICACIÓN (con referencia a las competencias y los resultados del aprendizaje)			
	Deficiente	Aceptable	Muy bien
El alumno se ha ceñido a las directrices generales establecidas por el tutor			x
El tutor considera que el alumno ha dedicado las horas estipuladas para el desarrollo del TFM		x	
La actitud general del alumno ha sido participativa y positiva para el desarrollo del TFM			x
La búsqueda, obtención y manejo de las fuentes jurídicas legales, jurisprudenciales y doctrinales, así como la utilización de las TIC ha sido la correcta.		x	
Las conclusiones del TFM son adecuadas a los objetivos planteados		x	

El tutor considera que el TFM presentado por el alumno demuestra que ha alcanzado el nivel académico y profesional adecuado.			
--	--	--	--

CALIFICACIÓN FINAL (de 0-10 puntos) (40% de la calificación final)

7.50

En La Laguna, a 28 de Enero de 2019

El Tutor

Fdo: Dr. Gerardo Pérez Sánchez

SR. SECRETARIO DEL TRIBUNAL EVALUADOR DEL TFM

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del Derecho Fundamental al Secreto de las Comunicaciones consagrado tanto en el artículo 18.3 de la Constitución Española como en diversos textos de origen universal e internacional, en íntima conexión con las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal Español, al ser éste el ámbito en el que el citado Derecho Fundamental ostenta un papel protagonista.

Para ello, trataremos aspectos básicos del Derecho Fundamental al Secreto de las Comunicaciones como es su regulación, concepto y fundamento, titularidad, eficacia y comunicaciones reguladas; para posteriormente, entrar en el estudio de las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal, haciendo hincapié en aspectos esenciales de la mencionada Diligencia de Investigación, teniendo en cuenta la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 13/2.015, 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 que, como es sabido, ha logrado suplir la deficiente y escasa regulación normativa en la materia.



ABSTRACT

The present work aims to study the Fundamental Right to the Secret of the Communications enshrined in the article 18.3 of the Spanish Constitution as well in various texts of universal and international origin, in close connection with the Telephone Interventions in the Spanish Penal Process, as this is the area in which the aforementioned Fundamental Right has a leading role.

For this, we will deal with basic aspects of the Fundamental Right to the Secret of Communications, such as its regulation, concept and foundation, ownership, effectiveness and regulated communications; to subsequently enter the study of Telephone Interventions in the Criminal Process, emphasizing essential aspects of the aforementioned Diligence of Investigation, taking into account the recent reform operated by the Organic Law 13 / 2.015, of October 5, of modification of the Criminal Procedure Law for the strengthening of procedural guarantees and regulation of technological research measures that, as is well known, have succeeded in supplying the deficient and scarce normative regulation in the matter.

Índice

	<u>Página</u>
1.- Introducción	1
2.- Regulación del Secreto de las Comunicaciones	2
2.1.- EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL Y EN LA VIGENTE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978	3
2.2.- EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EUROPEO	5
3.- El Derecho al Secreto de las Comunicaciones	9
3.1- CONCEPTO Y FUNDAMENTO	9
3.2.- TITULARIDAD	13
3.2.1.- <i>Personas Físicas</i>	14
3.2.2.- <i>Personas Jurídicas</i>	17
3.3.- EFICACIA	18

3.4.- COMUNICACIONES REGULADAS. POSTALES, TELEGRÁFICAS, TELEFÓNICAS Y DATOS ELECTRÓNICOS DE TRÁFICO	18
.....	
4.- Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal ...	19
4.1.- REGULACIÓN. REFERENCIA A LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA L.O 13/2.015, DE 5 DE OCTUBRE	19
.....	
4.2.- CONCEPTO DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA	22
.....	
4.3.- ÁMBITO Y ALCANCE DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS	24
.....	
4.3.1.- Especial mención a las comunicaciones específicas con Abogados y Procuradores	26
.....	
4.4.- REQUISITOS DE LA INTERVENCIÓN	28
.....	
4.4.1.- Requisitos Constitucionales	29
.....	
4.4.1.1.- Especial referencia a la duración limitada de la medida de intervención telefónica	31
.....	
4.4.2.- Requisitos de Legalidad Ordinaria	33
.....	
4.5.- CASOS DE ILEGALIDAD O NULIDAD	37
.....	
4.5.1.- La prueba ilícita	37
.....	
4.5.2.- Prueba irregular y prueba ilícita	37
.....	
4.5.3.- Momento procesal en el que ha de cuestionarse la validez de la prueba	38
.....	
4.6.- HALLAZGOS CASUALES	40



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



5.- Conclusiones	41
6.- Bibliografía	45
7.- Jurisprudencia	48

1.- Introducción

Los avances tecnológicos y progresos técnicos que de forma vertiginosa ha experimentado nuestra sociedad en los últimos años, han supuesto nuevas formas de comunicación como son la telefonía móvil o internet, entre otras, que al tiempo de redactar la Constitución Española de 1.978 resultaban impensables.

No obstante, la llamada revolución tecnológica también ha conllevado la aparición de nuevas vías de ataque o injerencia de los Derechos Fundamentales, siendo éste el principal motivo por el que resulta más que necesario que los mismos se redefinan, eso sí, sin perder su identidad, para así lograr seguir otorgando la debida protección jurídica reclamada pero ya adaptada a una nueva realidad social.

Es precisamente en este complejo panorama de la comunicación transmitida a través de la mas avanzada tecnología digital donde cobran relevancia las intervenciones de las comunicaciones. Dichas intervenciones, como actos de investigación que son, tienen como principal objetivo la averiguación de hechos delictivos. A pesar de ello, debe darse por sentado que la búsqueda de la verdad no puede hacerse a cualquier coste, sino que, por el contrario, en todo momento deberán respetarse los Derechos Fundamentales reconocidos en nuestra Carta Magna. Las intervenciones de las comunicaciones pueden afectar al Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones previsto en el artículo 18.3 de la Constitución Española.

Dados los continuos conflictos existentes entre el derecho al secreto de las comunicaciones y las posibles intervenciones de las comunicaciones, resulta imprescindible lograr un razonable equilibrio entre éstas y la protección del Derecho Fundamental que puede verse afectado con la adopción de este tipo de medidas.

Es por la razón expuesta por la que en el presente trabajo analizaremos el Derecho Fundamento al secreto de las comunicaciones, además de realizar un análisis en profundidad del régimen jurídico de las intervenciones telefónicas a raíz de la reciente reforma operada por la Ley Orgánica 13/2.015, 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 ya adelantábamos, en el año 2.015 se produjo una profunda y compleja reforma de nuestra anciana Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, entre otras cosas, afectó a la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que hasta ese entonces y dada su escasa regulación normativa, ésta siempre fue suplida por variedad de doctrina y jurisprudencia.

Al contrario de lo que venía sucediendo, la actual regulación de las medidas de investigación tecnológicas es extensa y detallada y la misma hace referencia a todas las posibilidades que actualmente se pueden dar con relación a esta clase de medidas de investigación; si bien y como ya indicábamos, en páginas posteriores nos centraremos en una concreta clase de intervención de las comunicaciones como son las intervenciones telefónicas.

2.- Regulación del Secreto de las Comunicaciones

El estudio del secreto de las comunicaciones en nuestro Ordenamiento Jurídico debe hacerse abordando un doble ámbito. Por un lado, en la regulación que de este derecho se hace en la Constitución Española de 1.978 y, por otro lado, y de manera más escueta, en la vigente normativa internacional.

El derecho al secreto de las comunicaciones se ha desarrollado como uno de los más relevantes en nuestros tiempos y que, por ende, encontramos en la inmensa mayoría de los textos constitucionales de derecho comparado, además de en la totalidad de convenios y declaraciones internacionales sobre derechos humanos en las que siempre se ha tratado de garantizar que, de cara a terceros, un espacio o una actividad sean de acceso reservado, esto es, intangible. En definitiva, se trata de una garantía sobre uno de los aspectos esenciales de la vida privada, como es el secreto y libertad de comunicación con otras personas, a través de un instrumento destinado al efecto.¹

2.1.- El Secreto de las Comunicaciones en la historia del constitucionalismo español y en la vigente Constitución Española de 1.978

En la historia del constitucionalismo español, la primera referencia al derecho al secreto de las comunicaciones la encontramos en la Constitución de 1.869, cuyo artículo 7 disponía que: *“En ningún caso podrá detenerse o abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de Juez competente podrán detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se dirija por correo”*.² Por su parte, en la Constitución de 1.876 se reconoció también en su artículo 7, según el cual: *“No podrá detenerse ni abrirse por la Autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo”*; indicando en el siguiente que. *“Todo auto de [...] detención de la correspondencia será motivado”*.³

¹ CASANOVA MARTÍ, R. *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal*; páginas 543-556. Recuperado de: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/secreto-comunicaciones-proceso-penal-481094610?from_fbt=1&fbt=preview&fallbackURLB64=aHR0cDovL2xpYnJvcylyZXZpc3Rhcy1kZXJlY2hvLnZsZXguZXMvdmlkL3NIY3JldG8tY29tdW5pY2FjaW9uZXMtY2Vzby1wZW5hbC00ODEwOTQ2MTA=

² Constitución de la Nación Española de 1.869. Recuperado de: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1869/1869_cd.pdf (Fecha de la consulta: 14.01.2019).

³ Constitución de la Monarquía Española de 1.876. Recuperado de: https://www.alianzaeditorial.es/minisites/manual_web/3491307/Primera_Parte/Documentos/1ConstitucionEspanola1876.pdf

En la misma línea que los antaños textos constitucionales se pronunció la Constitución de 1.931, aprobada en el seno de la Segunda República Española. En su artículo 32 se estableció: “*Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas su formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario*”.⁴

Asimismo, y sin entrar en debate sobre su efectiva o no protección, el derecho al secreto de las comunicaciones también se contempló durante el no tan lejano régimen franquista. Así, en el artículo 13 del Fuero de los Españoles de 1.945 se afirmó que: “*Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia*”.⁵ Texto éste que quedo derogado con la aprobación de la Constitución Española de 1978 tal y como se establece en su disposición derogatoria.

Actualmente, la regulación constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra en el apartado tercero del artículo 18 de nuestra Ley Fundamental, el cual queda encuadrado dentro de los artículos relativos a los Derechos Fundamentales. Este precepto “*garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”⁶.

A diferencia de otras Constituciones de nuestro entorno que se limitan a garantizar la libertad de la correspondencia, nuestra Constitución se refiere al derecho al secreto de las comunicaciones el cual debe ser rectamente interpretado de modo que, implícitamente se consagra la libertad de las comunicaciones, y, de modo expreso, su secreto.

⁴ Constitución de la República Española de 1.931. Recuperado de: http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf

⁵ Fuero de los Españoles de 1.945. Recuperado de: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00358-00360.pdf>

⁶ Constitución Española de 1.978. Recuperado de: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Este derecho, aunque autónomamente, se reconoce como una parte especialmente importante de la protección de la intimidad que proscribiera cualquier interferencia arbitraria de las comunicaciones; protegiendo pues, todas las formas de comunicación frente a su interceptación ilegítima.

Es preciso tener presente que con este concepto no se trata de garantizar los secretos derivados de la intimidad personal, sino de la protección de las comunicaciones interpersonales frente al conocimiento, intromisión por terceros. Por tanto, su objeto es de naturaleza formal, pues las comunicaciones no se protegen en atención a su contenido, sino por su mera existencia.

En definitiva, la protección que brinda lo es frente a terceros, no frente al interlocutor o destinatario del mensaje de la comunicación. El Tribunal Constitucional ha destacado que la noción constitucional del secreto a las comunicaciones cubre no sólo el contenido, sino que también cubre otros aspectos de la misma, como es el caso de la identidad subjetiva de los interlocutores; con otras palabras, el artículo 18.3 de la CE protege el carácter inviolable de toda comunicación de la que pueda inferirse una voluntad de reserva entre los sujetos del proceso comunicativo.

2.2.- El Secreto de las Comunicaciones en el Ámbito Internacional y Europeo

De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Española, las normas relativas a los Derechos Fundamentales deben ser interpretadas de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los demás Tratados Internacionales suscritos por España en dicha materia.

La idea de una protección integral del conjunto de Derechos Humanos en la Comunidad Internacional tiene su origen con la Declaración Universal de Derechos Humanos que se completa con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En el ámbito de la Unión Europea, dicha protección se ha materializado con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁷

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en París el 10 de Diciembre de 1.948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, con la finalidad de erradicar los ataques que se profesaban contra tales derechos y comenzar a dotarles de cierta protección, marcando así un hito en la historia de los derechos humanos. La Declaración fue elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

En lo que se refiere al secreto de las comunicaciones, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.⁸ La importancia de este precepto radica sin duda alguna en qué constituye el origen del reconocimiento a nivel universal de los Derechos Humanos.

⁷ ilp ABOGADOS. *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*. 2.018. Recuperado de: <https://www.ilpabogados.com/secreto-de-las-comunicaciones-conversaciones-telefonos-sms-whatsapp/>

⁸ La Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de abril de 1966, éste contempla en su artículo 17 y siguiendo la línea marcada en la Declaración Universal de Derechos Humanos que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Y completa, en su segundo apartado que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.⁹

Por su parte, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de Noviembre de 1.950 señala en su artículo 8 que: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.¹⁰ Sin perjuicio de lo anterior y sin duda alguna, el aspecto más relevante de este Convenio es la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de los derechos y libertades en él reconocido por parte de todos los Estados miembros tal y como se señala en su artículo 19.

Si bien estas tres normas internacionales no hacen referencia concreta a las comunicaciones telefónicas, sino a las comunicaciones en general, debemos entender

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

¹⁰ Convenio para la protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-10148>

que éstas deben considerarse en su campo de protección dada la evolución tecnológica de las últimas décadas.¹¹

Ahora ya en el ámbito Europeo, señalar que el 7 de diciembre del 2.000 se aprobó en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuya finalidad no era otra que reafirmar y reforzar el compromiso que en su día habían adoptado los Estados miembros en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, estableciendo, una vez más en su artículo 7 que: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones*”.¹² La Carta tras ser revisada, fue proclamada de nuevo en 2.007.

No obstante, su proclamación solemne no confirió a la Carta un carácter jurídicamente vinculante. La adopción del proyecto de Constitución para Europa, firmado en 2.004, le habría dado dicho carácter vinculante, pero, como consecuencia del fracaso del proceso de ratificación, la Carta siguió siendo una simple declaración de derechos hasta la adopción del Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2.007.

El 1 de diciembre de 2.009, la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante. Ahora, según el artículo 6.1 apartado del Tratado de la Unión Europea: “*la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*”. Por consiguiente, la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales.¹³

¹¹ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. 2014, Bosch Editor, páginas 40-44

¹² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:12016P/TXT>

¹³ S.Y, S. 2.017. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html

3.- El Derecho al Secreto de las Comunicaciones

El derecho al secreto de las comunicaciones protege la libre relación con personas que se encuentran en la distancia con cualquier medio destinado a tal fin, asegurando la privacidad del contenido de la comunicación.¹⁴ Se trata de una garantía de unos de los aspectos esenciales de la vida privada, que tal y como no recuerda el máximo interprete de esta materia en la STC 281/2.006, de 9 de Octubre, *“puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros Derechos Fundamentales”*.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el derecho al secreto de las comunicaciones se relaciona directamente con las garantías y Derechos Fundamentales del Estado de Derecho por su evidente proyección pública que hace que trascienda de su carácter individual para ser, como apuntamos, una de las señas del Estado de Derecho.¹⁵

3.1- Concepto y Fundamento

Como ya se había mencionado con anterioridad, la Constitución Española de 1.978 protege entre sus Derechos y Libertades Fundamentales, el derecho al secreto de las comunicaciones. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 18.3 de la Carta Magna, el cual establece literalmente que: *“Se garantiza el secreto de las*

¹⁴ BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones*. Dialnet, Universidad de La Rioja; página 171. Recuperado de: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=BELDA+PE%CC%81REZ-PEDRERO,+E.,+%E2%80%9CEl+derecho+al+secreto+de+las+comunicaciones%E2%80%9D,+Dialnet,+Universidad+de+La+Rioja,+pp.+174-17&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

¹⁵ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. 2014, Editorial Bosh, páginas 44 y 45

comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

La inclusión de este Derecho dentro de la Sección Primera de Capítulo II, del Título Primero, titulada “de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas”, supone que el derecho al secreto de las comunicaciones, junto con el resto de los derechos de esta sección, están altamente protegidos desde el punto de vista constitucional.

La afirmación anterior trae consigo una serie de consecuencias que desglosamos a continuación: en primer lugar, su desarrollo legislativo únicamente podrá llevarse a cabo mediante una Ley Orgánica; en segundo lugar y de cara a su defensa ante posibles vulneraciones, cuentan con un procedimiento preferente y sumario; en tercer lugar, estamos ante derechos susceptibles de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como establece el artículo 53 de nuestra Ley Fundamental y; en cuarto lugar, en caso de querer reformarse alguno de los artículos referidos a los Derechos Fundamentales, la Constitución va a exigir que se siga el procedimiento de reforma agravado.¹⁶

En el artículo 18 de la Constitución Española, junto al derecho al secreto de las comunicaciones, también aparecen otros derechos como son el del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio y la protección de datos personales.

¹⁶ VILLANUEVA TURNES, A. *Posibles problemas en la Intervención de las Comunicaciones en España*. Estudios de Deusto. 2.015. Recuperado de: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/926/1068>

Ello da paso a que deba concretarse cuál es el punto de unión de todos ellos; pues bien, el bien protegido en todos ellos es el de la intimidad personal y familiar.¹⁷ No obstante, el valor o bien jurídico protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones es, como indica la STC 114/1.984, de 29 de Noviembre¹⁸, que sigue siendo la referencia básica en la materia, la libertad de las comunicaciones, no la intimidad. Dicho con otras palabras, que nadie ajeno a los interlocutores pueda involucrarse en la conversación si así no lo desean los intervinientes en el proceso comunicativo. El secreto, que es lo expresamente proclamado por el artículo 18.3 de la Constitución Española, tiene un significado instrumental respecto de la libertad, pues se garantiza el secreto de las comunicaciones para que éstas puedan desarrollarse con total libertad.

Esta engorrosa idea de libertad de las comunicaciones presenta una estructura compleja que merece ser analizada con cierto detalle.

En primer lugar, el derecho al secreto de las comunicaciones se proyecta sobre toda clase de comunicación, incluyendo cualquier clase de transmisión de información entre personas ya sea mediante procedimiento tradicionales, como mediante sistemas modernos ya expandidos.¹⁹

¹⁷ ALONSO FERNÁNDEZ, M. *El Secreto de las Comunicaciones en el Proceso Penal*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 2.014, página 9. Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/593/TFG000519.pdf?sequence=1>

¹⁸ STC 114/1.984, 29 de Noviembre. Recuperado de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs-CZ/Resolucion/Show/367>

¹⁹ RICHARD GONZÁLEZ, M. *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. Wolters Kluwer. 2017; página 24.

En segundo lugar, protegido por el secreto no está sólo el soporte y el mensaje, sino que también lo están las circunstancias de la comunicación, tales como el momento, la duración o incluso, la identidad de los comunicantes.

En tercer lugar, el secreto no rige entre los propios comunicantes; esto es, quien suministra a un tercero acceso a una comunicación de la que es parte, o le informa sobre el contenido de la misma, no vulnera el derecho de su interlocutor. En esta misma línea se ha reiterado en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional al afirmar que la interceptación de una conversación por uno de los comunicantes no vulnera el artículo 18.3 de la CE.²⁰

En último lugar, en cuanto al contenido de la comunicación, el secreto admite diversos grados dependiendo de las características técnicas del medio empleado para la comunicación. Es decir, aquel que intercepta un mensaje sin aprehender o manipular su soporte no vulnera el artículo 18.3 de la CE; y, a este respecto, resulta indiferente que la interceptación sea casual o deliberada porque se trata de una conducta al alcance de todos.²¹

Podría decirse, que este derecho tiene dos vertientes, una explícita que conlleva la libertad de las comunicaciones y, por otro lado, una implícita que lleva a su reserva e impenetrabilidad.

²⁰ STC 56/2.003, de 24 de Marzo. Recuperado de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/nl/Resolucion/Show/4831>

²¹ DÍEZ PICAZO, L.M. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Cuarta Edición, 2.013. Thomson Reuters, Civitas; páginas 305-307.

3.2.- Titularidad

Cualquier análisis de un Derecho Fundamental debe tener en cuenta la problemática de su titularidad, es decir, de quién o quienes se predica constitucionalmente este derecho, a quienes se les reconoce.

Si bien es cierto que existen ciertos Derechos Fundamentales que provocan alguna que otra dificultad a la hora de determinar la titularidad de los mismos, en el caso del artículo 18.3 de la CE y debido a su enunciado en tercera persona, de inicio puede pensarse que la titularidad de los mismos es bastante amplia.²²

Por tanto, los sujetos titulares del derecho al secreto de las comunicaciones son las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras *“porque el secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones”*.²³

En este apartado y antes de desarrollar la titularidad tanto de las personas físicas como de la jurídicas, considero conveniente señalar que existen dos tipos de perjudicados en cuanto se produce la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones: por un lado, el sujeto titular del derecho fundamental vulnerado; y, por otro lado, los sujetos que poseen un interés legítimo, esto es, aquellos que, aunque no sean partes intervinientes en la comunicación, se vean afectados por la intervención o revelación de su contenido.²⁴ Así se ha pronunciado el máximo interprete de la Constitución en varias sentencias, entre las cuales destacamos la 96/2.012, de 7 de

²² VILLANUEVA TURNES, A. *Posibles problemas en la Intervención de las Comunicaciones en España*. Estudios de Deusto. 2.015. Recuperado de: [//revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/926/1068](http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/926/1068)

²³ STC 114/1.984, de 29 de Noviembre. Recuperado de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/367>

²⁴ REBOLLO DELGADO, L. *Derecho Constitucional III. Derechos y Libertades*. Editorial Colex. 2.003; página 196

Mayo, que establece que, en nuestro ordenamiento constitucional, la legitimación activa para reclamar el amparo constitucional viene determinada por el artículo 162.1 de la CE a cuyo tenor están legitimados “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo*”.²⁵

3.2.1.- Personas Físicas

Que las personas físicas son titulares activos del derecho al secreto de las comunicaciones es un hecho admitido tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

A pesar de tal pacífica doctrina, entiendo conveniente analizar detenidamente la situación específica de algunos de los sujetos titulares del derecho reconocido en el artículo 18.3 de la CE.

A). - *Menores*

A priori puede firmarse que los menores de edad son titulares de la totalidad de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Ley Fundamental, a excepción de los denominados derechos políticos.

La Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, les reconoce en su artículo 4 el derecho al secreto de las comunicaciones y encomienda a los padres o tutores y a los poderes públicos respetarlo y protegerlo frente a ataques de terceros, todo ello sin perjuicio de las modulaciones derivadas del ejercicio legítimo de la patria potestad o de la tutela.²⁶

²⁵ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Bosch Editor, 2.014; página 50

²⁶ Circular 1/2.013 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas- Recuperado de: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2014/FISCALIA_SITE/recursos/cir_inst_cons/circular_1_2013.pdf

B). - *Incapaces*

Por su parte, los incapaces también son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones. No obstante, la declaración judicial de incapacidad puede establecer límites a su ejercicio y su justificación no es otra que, otros de los principios rectores del texto constitucional, en concreto el artículo 49 que establece que los poderes públicos velarán por la correcta aplicación de los Derechos Fundamentales a estos ciudadanos.

C). - *Extranjeros*

Si bien es cierto que determinados derechos políticos reconocidos en nuestra Constitución se hallan reservados en régimen de exclusividad a los ciudadanos españoles, no es menos que la mayoría de los Derechos Fundamentales se reconocen a las personas sin distinción alguna de nacionalidad.

El análisis de los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en España en nuestro Ordenamiento Jurídico hay que realizarlo desde distintos planos. En primer lugar debemos partir de los recogidos en nuestra carta magna (artículos 13.1, 10.1 y 2 y el contenido literal de los artículos que concretamente atribuyen esos derechos y libertades); asimismo, debemos acudir también a la Ley Orgánica 4/2.000, de 11 de Enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Todo ello sirve para determinar, por una parte, el contenido constitucional de esos derechos y libertades y por otra, la titularidad y ejercicio de dichos derechos y libertades por parte de los extranjeros en España.²⁷

²⁷ BLÁZQUEZ GALLEGU, L., CARBONELL SENDRA, M., GARCÍA LÓPEZ, L., GUARAYO GARCÍA, K., JIMÉNEZ RUÍZ, J.L., PÉREZ DE MADRID, E., PÉREZ ROSA, E., RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., RONDÓN GARCÍA, P., DE ROSSI, L. Y SILVA CUESTA, A. *Derechos y Libertades de las Personas Extranjeras en España*. Proyectos Themis; páginas 8-9. Recuperado de: https://acoge.org/wp-content/uploads/2018/11/Derechos_Personas_Extranjeras.pdf

Esta distinción responde a la construcción de la titularidad de los derechos fundamentales por los extranjeros vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico y en los de nuestro entorno, según la cual, la mayor parte de los derechos fundamentales se ostentan por el mero hecho de ser persona (razonamiento iusnaturalista), entre los cuales se encuentra el derecho al secreto de las comunicaciones, en tanto que manifestación del derecho a la intimidad, mientras que una minoría de derechos únicamente se reconocen a los españoles por ser de índole política o social.

D).- *Internos en Establecimientos Penitenciarios*

Según la STC 175/ 2.000, de 26 de Junio “*Los internos en centros penitenciarios son también titulares del derecho al secreto de las comunicaciones*”, no obstante, en las relaciones de sujeción especial, y tal y como ocurre en el supuesto de aquellas personas recluidas en centros penitenciarios, éstas pueden ver alterado o modificado, que no es lo mismo que suprimido, su derecho al secreto de las comunicaciones. La limitación anunciada tiene su base en el artículo 25.2 de la Constitución Española el cual establece que: “*El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria*”.

Esta posibilidad de limitar o restringir el derecho al secreto de las comunicaciones a los internos de un establecimiento penitenciario deriva de que el derecho reconocido en el artículo 18.3 de la CE no se configura con carácter absoluto.

En base a la Ley Orgánica 1/1.979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria y al Reglamento Penitenciario, aprobado por R.D. 190/1.996, de 9 de Febrero, dictado en desarrollo y ejecución de la LOGP. podemos distinguir cuatro modalidades de comunicación las cuales se hallan sometidas a distintos regímenes legales : las

comunicaciones genéricas; las comunicaciones específicas con Abogados y Procuradores y a las que posteriormente dedicaremos un epígrafe; las comunicaciones con Autoridades profesionales y, finalmente, las comunicaciones entre internos.

3.2.2.- Personas Jurídicas

Las personas jurídicas son titulares de los derechos que por su naturaleza sean susceptibles de ser aplicados a este tipo de entes. Si bien es cierto, no existe un precepto constitucional que, con carácter general, prevea la titularidad de los Derechos Fundamentales a las personas jurídicas, y que respecto del aquí objeto de estudio, el artículo 18.2 de la CE no les atribuye su titularidad de forma expresa, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que el derecho al secreto de las comunicaciones, al ser un derecho de contenido formal y no material, hace más fácil atribuirles su titularidad. Po la razón descrita, en el desarrollo de la actividad profesional de una persona jurídica es necesaria la protección del derecho al secreto de las comunicaciones.

Llegados a este punto, debemos diferenciar entre personas jurídicas privadas y públicas. Las primeras son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que también se ven perjudicadas si se revelasen las comunicaciones que estas llevasen a cabo.

Por su parte, las personas jurídicas públicas en su condición de sujetos pasivos de los Derechos Fundamentales, es decir, los que deben velar por la correcta aplicación de los mismos, resultaría contradictorio atribuirles al mismo tiempo la titularidad de tales derechos, aunque en determinadas ocasiones será necesario que se les concediera. Y, en este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 64/1.988, para quien dichas personas puedan ser titulares de los Derechos Fundamentales *“siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que*

deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos [...]”.

3.3.- Eficacia

El derecho al secreto de las comunicaciones posee una eficacia *erga omnes*. No obstante, esta afirmación debe matizarse y puntualizarse, dado que, no se encuentra protegida la comunicación verbal, ya que, en este caso, depende de los propios comunicantes evitar la interferencia a terceros de las comunicaciones intercambiadas. Es más, de producirse este tipo de comunicación, los intervinientes en la misma tienen la posibilidad de retener la comunicación por cualquier medio destinado a tal fin.

Tampoco se consideraría eficaz frente a alguien que ha escuchado una conversación telefónica por encontrarse cerca y, por supuesto, sin la utilización de ningún medio electrónico o técnico.

Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, los comunicantes si pueden verse afectados por un “deber de reserva”, que consiste en la no transmisión del contenido de lo comunicado, pero no estaríamos ya en el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones sino en el derecho a la intimidad.²⁸

3.4.- Comunicaciones reguladas. Postales, Telegráficas, Telefónicas y datos Electrónicos de Tráfico

Una lectura literal del artículo 18.3 de la Constitución Española podría dar paso a pensar que únicamente aparecen reguladas las comunicaciones postales, telegráficas y

²⁸ ALONSO FERNÁNDEZ, M. *El Secreto de las Comunicaciones en el Proceso Penal*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 2.014, página 11. Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/593/TFG000519.pdf?sequence=1>

telefónicas, dado que en el momento de la promulgación de nuestra Ley Fundamental todo lo que con posterioridad ha ido ocurriendo resultaba, cuanto menos, inimaginable.

La originaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo a la tecnología existente en la época, sólo pudo contemplar en sus artículos 579 a 588, las intervenciones postales y telegráficas.

La Ley Orgánica 4/1.988 incorporó en sus párrafos segundo a cuarto del ya mencionado artículo 579 las intervenciones o como popularmente se denominan “escuchas telefónicas”.

Por su parte, la Ley 25/2.007, de 18 de Octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, efectuó otro tanto con la intervención de los datos electrónicos de tráfico.

Finalmente, la Ley Orgánica del año 2.015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que con posterioridad analizaremos en profundidad, realiza una minuciosa regulación de todas las intervenciones, con lo que, en el momento actual, hemos de distinguir la regulación legal de las intervenciones postales y telegráficas de las restantes.

4.- Intervención de las Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal

4.1.- Regulación. Referencia de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 13/2.015, de 5 de Octubre

Las intervenciones telefónicas adquieren carta de naturaleza en el Ordenamiento Jurídico Español por obra del ya mencionado artículo 18.3 de la Constitución Española y cuyo contenido ya conocemos.

Esta norma de rango constitucional al igual que todas las que tutelan los Derechos Fundamentales, precisa ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en el también mencionado artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su Órgano Jurisdiccional de aplicación, esto es, a la luz de la doctrina dimanante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH.

Para dar efectivo cumplimiento a la doctrina proveniente del TEDH, colmar la laguna legal de la que esta materia adolecía hasta ese entonces y atender a la inminente necesidad de adaptarse a los nuevos tiempos puesto que, entre otras cosas, los avances tecnológicos han conllevado el surgimiento de una nueva metodología a la hora de proceder a la investigación mediante el recurso a la interceptación de las comunicaciones, deviniendo en consecuencia ineficaces los medios tradicionales de investigación, la Ley Orgánica del 2.015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, ha efectuado una minuciosa regulación de las siguientes materias: las intervenciones telefónicas y telemáticas (artículos 588 bis a a 588 bis o), los datos de tráfico (artículos 588 bis p sobre la incorporación de los datos de tráfico al proceso y 588 bis q y r sobre acceso a los datos para la identificación de los usuarios, terminales y dispositivos de la conectividad), la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos (artículos 588 ter - 588 ter h), los dispositivos de seguimiento, localización y captación de la imagen (artículos 588 quáter a - 588 quáter d), el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información (artículos 588 quinquies a - 588 quinquies c) y finalmente, los registros remotos sobre equipos informáticos (artículos 588 sexies a - 588 sexies c).²⁹

²⁹ GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., DÍAZ MARTÍNEZ, M.. *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*. Edisofer, 3ª Edición. 2.018; página 560

Como sabemos, nuestro Ordenamiento Jurídico hasta esta última reforma ha carecido de regulación suficiente referente a la interceptación de las comunicaciones del investigado y Jueces y Magistrados han tenido que actuar basándose en la jurisprudencia desarrollada a lo largo de estos últimos años tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional.

Así, esta nueva regulación ha sido demandada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 175/2.014, de 22 de Septiembre, que señalaba la necesidad de que este tipo de prácticas, las intervenciones de las comunicaciones, estuvieran reguladas de forma conveniente³⁰, en el sentido de que han sido muchas las cuestiones carentes de cobertura legal y sobre las que no procedía la aplicación del método de la analogía en base a la escasa regulación existente.

Procede describir brevemente en qué ha consistido la reforma acaecida para posteriormente hacer un análisis más exhaustivo de algunas de las diligencias recogidas en la misma, concretamente la interceptación de las comunicaciones telefónicas.³¹

Las intervenciones telefónicas como medio de investigación en un proceso penal se encuentran reguladas en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fruto de su reforma por la Ley Orgánica 4/1.988, de 25 de Mayo.³² La última reforma de la LECrim. actualiza el artículo 579, añadiendo la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica y delimitando su ámbito material de aplicación, así

³⁰ STC 146/2014, de 22 de Septiembre. Recuperado de: [//hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24107#extractos](http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24107#extractos)

³¹ VICTORIA GONZÁLEZ, E. La Nueva Regulación de la Intervención de las Comunicaciones en el Proceso Penal Español. Universidad de Salamanca. 2.016; páginas 8-17. Recuperado de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131759/1/TFG_VICTORIA_GONZÁLEZ_%20Elo%C3%ADsa.pdf

³² CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Bosch Editor, 2.014; página 57

como los plazos de duración y las excepciones a la necesidad de autorización judicial para proceder a la investigación.³³

Por otra parte, la nueva regulación carece de un listado de delitos expreso sobre los que cabe realizar la investigación mediante este tipo de interceptaciones, por lo que se ha impuesto la exigencia de que concurran de forma no cumulativa concurrencia tres requisitos: el primero de los requisitos se refiere a la gravedad de la pena y exige que se trate de delitos dolosos con pena con límite máximo superior a tres años de prisión. El segundo hace alusión a que el delito haya sido cometido en el seno de una organización criminal y el tercero y último a que se trate de delitos de terrorismo.

Debemos destacar a su vez la introducción del artículo 579 bis referido entre otras cuestiones al tratamiento de los “hallazgos causales” y de los cuales hablaremos a continuación, que nos ilustra cómo proceder ante el surgimiento de indicios sobre la comisión de un nuevo delito en el transcurso de la investigación del delito previsto en la resolución habilitante.

Respecto a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, se incorpora el art. 588 ter LECrim, precepto dedicado exclusivamente a la regulación de esta cuestión y del mismo podemos destacar, como aspecto principal, la incorporación de ciertos delitos en el ámbito material de la medida como son los cometidos por medio de instrumentos informáticos, tecnológicos u análogos.³⁴

³³ Exposición de Motivos de Ley Orgánica 13/2.015, 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. Punto IV, página 4

³⁴ VICTORIA GONZÁLEZ, E. La Nueva Regulación de la Intervención de las Comunicaciones en el Proceso Penal Español. Universidad de Salamanca. 2-016; páginas 8-17. Recuperado de: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131759/1/TFG_VICTORIA_GONZÁLEZ_%20El%C3%ADa.pdf

4.2.- Concepto de Intervención Telefónica

Las intervenciones telefónicas implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción, dada la fase del proceso penal en la que nos encontramos, bien frente al investigado, bien frente a otros con los cuáles éste se comunique y cuya finalidad no es otra que captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios³⁵.

Por otra parte, uno de los conceptos de intervenciones telefónicas más completos de la doctrina, asumido como propio por doctrina posterior, fue el ofrecido por LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, para el cual, las intervenciones telefónicas son: *“aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la fase instructora de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente, frente a un imputado, u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio determinados elementos probatorios”*.³⁶

De modo muy similar, GIMENO SENDRA define la intervención telefónica como *“todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal,, decide, mediante auto*

³⁵ STS 579/ 1.992, de 22 de Abril. Recuperado de: <https://supremo.vlex.es/vid/-17715730>

³⁶ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Colex; página 12

*especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de las llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor”.*³⁷

Por último, La Fiscalía General del Estado en su novedosa Circular 1/2.013, define la intervención telefónica como una “*diligencia de investigación, acordada por la autoridad judicial en la fase de instrucción, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del iter comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y sus autores y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios*”.³⁸

4.3.- Ámbito y Alcance de las Intervenciones Telefónicas

El ámbito de las intervenciones telefónicas como diligencias de investigación que son, queda circunscrito a un procedimiento penal legalmente establecido, respetando en todo caso el principio de proporcionalidad y los requisitos constitucionales y legales que brevemente pasaremos a analizar. Reiterada doctrina del Tribunal Constitucional establece que el apartado tercero del artículo 18 de la Constitución Española protege las comunicaciones, cualquiera que sea sistema empleado para realizarlo, y alcanza al proceso de comunicación mismo³⁹. En resumen,

³⁷ GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Civitas, 2.012; página 476

³⁸ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Bosch, 2.014; páginas 64-69

³⁹ SSTS 70/2.002, de 3 de Abril y 123/ 2.002, de 20 de Mayo. Recuperadas de: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4606> <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/4659>

la diligencia de intervención telefónica tiene lugar dentro de la fase de investigación del correspondiente proceso penal y alcanza a la totalidad del proceso de comunicación.

La diligencia de intervención telefónica y como acabamos de exponer, alcanza a todo el proceso comunicativo, sin embargo y para mayor claridad, parece conveniente ilustrar someramente las situaciones, a mi entender más llamativas, que afectan al derecho al secreto de las comunicaciones.

A). - Acceso a listados de llamadas telefónicas

Asumiendo doctrina mayoritaria, ha de entenderse que cualquier dato derivado de una comunicación telefónica debe integrarse dentro del contenido del derecho al secreto de las comunicaciones por derivarse, aunque sea de manera indirecta, de dicha comunicación.

B). - Acceso a mensajes de texto, mensajería instantánea o correo electrónico

El Tribunal Supremo ha definido los SMS como “auténticas y genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo o telégrafo, pero cuyo vehículo de transmisión es el teléfono, por lo que, se trata de una especie de comunicación efectuada vía telefónica, que no se escucha por su destinatario, pero que, si se lee en la pantalla del aparato y mediante esa lectura se reconoce el contenido de ese mensaje, por lo que resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran amparadas por el secreto que se predica en el artículo 18.3 de nuestra Ley Fundamental.

Asimismo, debe darse por sentado que ha de incluirse el dicho concepto todo tipo de mensajes que puedan enviarse a través del teléfono móvil, incluso mediante el uso de internet para móviles, con los WhatsApp, o las aplicaciones para telefonía móvil de acceso a los correos electrónicos.

C). - *Identificación de los códigos IMEI o IMSI de un teléfono móvil*

Aunque la captación técnica del IMEI o del IMSI no precisa de autorización judicial, lo cierto es que la obtención de su plena funcionalidad mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de las operadoras, si impondrá el control jurisdiccional de su procedencia, requiriéndose para ello la pertinente autorización judicial competente, que de no hacerse atendiendo tanto a las exigencias constitucionales como legales supondría la vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.3 de la CE.⁴⁰

4.3.1.- Especial mención a las comunicaciones específicas con Abogados y Procuradores

El capítulo VIII del Título II de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1.979 de 26 de Septiembre, regula las comunicaciones y visitas en el régimen penitenciario. Concretamente, el segundo apartado del artículo 51 de la citada Ley regula las comunicaciones de los internos, sin especificar su condición de presos preventivos o condenados, con los Abogados y Procuradores y cuyo tenor literal dispone: “*Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo*”.

En este tipo de supuestos deberá actuarse con mayor cautela pues con las intervenciones de las comunicaciones están en peligro dos Derechos Fundamentales: el del derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho de defensa. Además, resulta comprometido el deber de guardar secreto profesional que el Abogado tiene respecto de

⁴⁰ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Bosch, 2.014; páginas 69-87

los hechos o noticias que conozca en el ejercicio de sus funciones y por los que no puede ser obligado a declarar.

Los aspectos básicos para la efectividad del derecho de defensa y la asistencia letrada son la confianza del acusado con su Abogado defensor y el deber de confidencialidad de este último. En este sentido, el Tribunal Constitucional en sentencias como lo es la STC 1560/ 2.003, de 19 de Noviembre, ha señalado que: *“La confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal”*. De igual modo, es esencial la confidencialidad de las relaciones entre el imputado y su Letrado defensor.⁴¹

En cuanto al contenido de estas comunicaciones es común que aparezcan conversaciones en relación con la estrategia de defensa que perjudiquen al acusado, por lo que de intervenirse se estaría afectado la eficacia del derecho de defensa.

Ahora bien, se pueden o no intervenir las comunicaciones de los acusados con sus Abogados defensores. Al respecto, nada dice el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que es preciso analizar la legislación penitenciaria.

En el ámbito penitenciario, centrándonos en las comunicaciones con Abogados y Procuradores, éstas no podrán ser objeto de suspensión o intervención salvo por orden judicial y en los supuestos de terrorismo.⁴²

En definitiva, en este sentido se ha manifestado la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en relación al art. 51.2 de la LOGP, entre

⁴¹ Castravet contra Moldavia. Sentencia de 13 de Marzo 2.007 [TEDH 2.007/17]

⁴² OLMEDO, M. Límites al Derecho de Defensa: Intervención de las comunicaciones entre Abogado y Cliente. 2.011. Recuperado de: <https://elderecho.com/limites-al-derecho-de-defensa-intervencion-de-las-comunicaciones-entre-abogado-y-cliente>

otras, la STC 183/1.994, de 20 de Junio resulta muy ilustrativa, declarando que: “*La imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de orden de la autoridad judicial*” y “*supuestos de terrorismo que en el mismo se contienen*”, añadiendo más adelante que “*dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas*”.

Resulta conveniente plasmar que el Abogado no es un interno por lo que no puede ver limitado el ejercicio de sus Derechos Fundamentales como si lo fuera.⁴³

4.4.- Requisitos de la Intervención

La jurisprudencia constitucional pone de relieve la necesidad de respetar determinadas garantías para que puedan ser adoptadas las intervenciones telefónicas.

El derecho a castigar del Estado no justifica la violación de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, por lo que la limitación que sufre el derecho al secreto de las comunicaciones cuando se adopta esta diligencia de investigación debe ajustarse a unos concretos requisitos.

Dentro de estos requisitos, debemos diferenciar los que son necesarios para el cumplimiento del mandato constitucional (afectan al contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones) y los de legalidad ordinaria (inciden en la incorporación en el concreto proceso penal de los resultados de la intervención y su validez probatoria).

⁴³ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Bosch, 2.014; páginas 139-146

4.4.1.- Requisitos Constitucionales

Ostentan tal calificación, aquellos requisitos que vienen determinados por el propio texto constitucional. En esta línea, la STC 50/2.000, de 28 de Febrero establece que es exigible el respeto de una serie de exigencias constitucionalmente inexcusables como son la previsión legal, la autorización judicial previa y motivada, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, y la existencia de un control por parte del órgano judicial efectivo en el desarrollo y cese de la media.

A). - *Principio de Legalidad*

La limitación al ejercicio de un Derecho Fundamental exige siempre una habilitación legal que, cumpliendo la previsión del artículo 81 de la Constitución Española, tendrá carácter de Ley Orgánica. En este sentido, la habilitación legal que limita el derecho al secreto de las comunicaciones la encontramos en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La reserva de Ley desempeña una doble función: por un lado, asegura que los derechos de la Constitución no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes y, por otro lado, en un Ordenamiento Jurídico como el nuestro en el que Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley; constituyendo, por tanto, el único modo efectivo de garantizar la exigencia de seguridad jurídica (STC 49/1.999, de 5 de Abril).

B). - *Jurisdicción y Competencia: Exclusividad Jurisdiccional y Procedimiento Legalmente establecido*

Debido a la configuración de nuestro Ordenamiento Jurídico, es el Juez de Instrucción quién ha de otorgar la autorización para la práctica de la intervención de las comunicaciones telefónicas ponderando los intereses en juego. Asimismo, la garantía

jurisdiccional del secreto de las comunicaciones implica que ésta ha de ser dictada en un ⁴⁴*auténtico* proceso penal (STC 5/2.010, de 7 de Abril, Fundamento Jurídico 2º).

C). - *Resolución Judicial*

Respecto a este requisito, debemos mencionar que el apartado 3º del artículo 579 de la LECrim. posee una particularidad a tal obligación, en el sentido de que, en casos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas y existan razones fundadas que hagan imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad; eso sí, comunicándose de forma inmediata y mediante escrito motivado al Juez competente. Ante tal solicitud, dicho Juez deberá, en un plazo máximo de 72 horas, revocar o confirmar la resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, la regla general es que siempre que se precise una intervención telefónica sea absolutamente necesaria una resolución judicial que además deberá contener suficiente motivación.

D). - *Estricta observancia al Principio de Proporcionalidad*

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

⁴⁴ *Auténtico* proceso penal en el sentido de que debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto, rechazándose la técnica de las Diligencias Indeterminadas, si bien, el alcance del quebrantamiento de esa prevención no tiene alcance invalidante para la intervención al tratarse de una cuestión meramente procedimental y siempre y cuando exista un control judicial suficiente (STC 72/2.010, de 18 de Octubre)

Concretamente, el principio de proporcionalidad exige que debe haber una racionalidad entre la restricción del Derecho Fundamental y la finalidad perseguida, de manera que exista una relación que implique que cuanto más intensa sea la restricción en el Derecho Fundamental más protección haya del bien jurídico protegido. Además, es doctrina consolidada del máximo intérprete de la Constitución que el examen de la proporcionalidad debe realizarse *ex ante*, es decir, colocándose en la situación y con los conocimientos que se tenían al tiempo de adoptar la medida, evitando que se produzca un examen *ex post* una vez que se concede la práctica de la diligencia, entre otras, la STC 239/2.006, de 17 de Julio.

En cuanto a los subprincipios que integran el juicio de proporcionalidad, pasaremos a enunciarlos brevemente. Así, atendiendo a una amplia doctrina constitucional, el principio de proporcionalidad en materia de intervenciones telefónicas se proyecta en nada menos que cinco direcciones: en primer lugar, deben dirigirse a un fin constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, deben haber indicios suficientes que permitan sostener el necesario juicio de proporcionalidad; en tercer lugar, deben afectar a unos hechos y personas determinados; en cuarto lugar, deben ser imprescindibles y; en último lugar, deben adecuarse a la finalidad perseguida.

4.4.1.1.- Especial referencia al límite temporal de las intervenciones telefónicas

Dentro del requisito constitucional de la proporcionalidad debe incluirse el análisis de la duración de la medida de la intervención telefónica y, en concreto, si dicha medida debe tener una duración determinada en la resolución judicial de autorización y, si la duración es adecuada a la finalidad perseguida. La intervención telefónica tiene una limitación temporal, pues la medida no puede prorrogarse de manera indefinida o excesivamente larga porque ello la convertiría inexorablemente en desproporcionada e

ilegal, fuese cual fuese la naturaleza y la gravedad del delito investigado.

Si bien el artículo 18.3 de la CE no establece de forma expresa el plazo de duración del límite al derecho al secreto de las comunicaciones, el desarrollo legislativo de este Derecho Fundamental, esto es, el artículo 579 de la LECrim., establece un plazo de tres meses que como veremos, admite prórroga.

El plazo de tres meses debe entenderse como límite máximo de duración de la medida, ya que el mismo precepto establece de forma literal que la duración será “hasta tres meses”. Además de este límite temporal, la medida queda condicionada a la necesidad y proporcionalidad de la misma con la finalidad perseguida y, en todo caso, el tiempo de duración de la medida debe estar suficientemente motivado y cumplir con el requisito de proporcionalidad anteriormente analizado.

En materia de prórroga, las intervenciones telefónicas no tienen problema por cuanto el artículo 579.3 de la LECrim. literalmente establece que la prórroga podrá ser de iguales períodos, esto es, de hasta tres meses cada una. No obstante, del mencionado precepto legal resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las prórrogas, puesto que no existe un límite máximo de prórrogas, debiendo entenderse que éstas poseen carácter ilimitado.

Igualmente, resulta conveniente hacer mención del cómputo del plazo de la diligencia que estamos tratando. Al respecto, existen dos posibilidades del *dies a quo*: la primera es que se inicie desde que se produce de forma efectiva la intervención telefónica; y, la segunda, que empiece a computar el día en que se dicta la autorización judicial de la medida. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que cuando la interpretación y aplicación de un precepto pueda afectar a un Derecho Fundamental, será preciso aplicar el principio de interpretación de la legalidad en el

sentido más favorable a la efectividad de los Derechos Fundamentales, lo que implica, como no podría ser de otra manera que deba entenderse que el plazo empieza a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial que aprueba una medida de intervención telefónica.

Finalmente, resulta pertinente hacer referencia al cese de la medida de intervención telefónica. Nada dice al respecto el artículo 579 de la LECrim. por lo que esta laguna normativa, una vez más, ha sido suplida por la doctrina que considera que existen tres momentos en que debe darse por finalizada una intervención telefónica: en primer lugar, será cuando la duración fijada en el auto judicial que la autoriza llegue a su fin; en segundo lugar, cuando durante el desarrollo de ésta se hayan descubierto los elementos objetivos y subjetivos de los hechos investigados y; en tercer y último lugar, cuando hayan desaparecido las circunstancias por las cuales se autorizó la medida de intervención.⁴⁵

4.4.2.- Requisitos de Legalidad Ordinaria

Analizados los requisitos constitucionales, debemos pasar al estudio de los requisitos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que una medida de intervención telefónica pueda introducirse válidamente en el proceso y pueda desprender plenos efectos probatorios.

A continuación, plasmaremos como debe actuarse con una diligencia de intervención telefónica en las etapas sumarial y de juicio oral. A grosso modo, puede decirse que la instrucción es la fase donde se procede a la realización de todas las diligencias de investigación tendentes a la averiguación del delito y la autoría del

⁴⁵ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Bosch, 2.014; páginas 229-241

mismo. Finalizada esta etapa y declarado abierto el juicio oral, se procederá a la introducción de sus resultados para que puedan ser valorados por el Juez o Magistrado que llegado el momento dicte Sentencia.

A). - *Fase de Instrucción/ Sumario: Procedimiento de Intervención Telefónica*

Una vez acordada la intervención de un teléfono se llevarán a cabo las escuchas durante el plazo fijado y mediante el instrumento técnico correspondiente. La policía judicial encargada deberá, durante este tiempo que admite prórroga, dar cuenta al Juez competente de los resultados derivados de las mismas, mediante el escrito correspondiente al que se han de adjuntar las grabaciones obtenidas. Completada la escucha, deben trasladarse los resultados al Juzgado para que pueda ser oídos por el Juez y transcritos por el Letrado de la Administración de Justicia.

. - *Breve referencia a SITEL (Sistema Integral de Interceptación de las Comunicaciones Electrónicas)*

SITEL es un sistema informático, titularidad del Ministerio de Interior, que ofrece un espionaje íntegro de comunicaciones de carácter electrónico. Desde hace unos años, la intervención de las comunicaciones telefónicas en España se lleva a cabo por medio de este mecanismo, configurado con un sistema de enlaces punto a punto con las operadoras de telefonía, que transmiten directamente las intervenciones autorizadas, y estas son almacenadas automáticamente y de forma íntegra bajo firma digital, en el mismo formato remitido. Posteriormente estos archivos de plasman en un soporte físico y son entregados a la autoridad judicial competente. Este sistema, además de facilitar la escucha de las conversaciones telefónicas del terminal objeto de intervención, aporta otros datos complementarios como la localización de dicho terminal mediante la ubicación de la BTS (repetidor) desde el que se está realizando dicha comunicación.⁴⁶

⁴⁶ LLAMAS FERNÁNDEZ, M., GORDILLO LUQUE, M.J., *Medios técnicos de vigilancia. Los nuevos medios de investigación en el Proceso Penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Número 2, 2.007; página 209

. - Incorporación de los resultados de la intervención al Proceso Penal

Conclusa la instrucción, los resultados obtenidos mediante la intervención telefónica deben ser introducidos en el proceso penal para que, llegado el momento, puedan ser utilizados a efectos probatorios.

En este sentido, se han determinado una serie de reglas para la incorporación de las grabaciones fruto de la intervención telefónica en el proceso penal a efectos de su valor probatorio. Así, serán necesarios los siguientes cinco requisitos: en primer lugar, será inexcusable la aportación en sede judicial del soporte en el que estén contenidas las conversaciones; en segundo lugar, una vez que llegan a dependencias judiciales, será necesario su transcripción bien íntegra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre las transcripciones y no directamente mediante la audición de los soportes originales; en tercer lugar y cuando los funcionarios de la policía sean los encargados de hacer las transcripciones, es necesario el cotejo por parte del Letrado de la Administración de Justicia para dar fe de las transcripciones de los soportes originales; en cuarto lugar, las partes deben tener acceso y disponer de ese material ; y, por último, debe procederse a la reproducción en el juicio oral mediante la lectura de la transcripción o la audición del soporte, al objeto de garantizar el derecho de contradicción.

El quebrantamiento de alguna de estas exigencias no implica vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que únicamente implicará que las grabaciones no adquieran la condición de prueba tal y como apunta la STC 9/2.011, de 28 de Febrero.

B). - Fase de Juicio Oral

El acto del juicio oral es la parte esencial del proceso penal, pues es en ella donde se realiza la actividad probatoria bajo los principios de publicidad, concentración e inmediación, y se determinará la condena o absolución del acusado. En esta fase del

procedimiento, la fuente de prueba que nos ocupa debe introducirse al procedimiento como prueba. Dicho esto, parece conveniente dilucidar a través de que medio de prueba de los permitidos en derecho podrán introducirse los resultados de las escuchas.

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende la plena validez de la introducción de los resultados de las intervenciones telefónicas en el proceso penal como prueba documental (STC 26/2.010, de 27 de Abril), sin que sea imprescindible la audición ni la lectura en este acto, bastando con que las mismas se den por reproducidas.

Pese a la consideración de documento, la jurisprudencia ha entendido que estos pueden ser introducidos en el juicio oral a través de la prueba testifical. El Tribunal Constitucional ha reconocido que los resultados de las conversaciones telefónicas intervenidas pueden introducirse al proceso a través de las declaraciones en calidad de testigos de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas.

Es muy frecuente en el proceso penal que se pongan en duda la autenticidad de las voces registradas en las conversaciones telefónicas, denunciándose por alguna de las partes (STS 940/2.011, de 27 de Septiembre), que la voz grabada no se corresponde con la de el/los acusado/s. En estos casos es cuando entra en juego la prueba pericial fonométrica de identificación de las voces.⁴⁷

⁴⁷ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Bosch, 2.014; páginas 153-314

4.5.- Casos de Ilegalidad o Nulidad

4.5.1.- La prueba ilícita

La doctrina de la prueba ilícita aparece tratada por primera vez en nuestra Jurisprudencia en la ya mencionada STC 114/1.984, de 29 de Noviembre que consideró que *“la admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicaría la infracción del artículo 24.2 de la CE, porque una prueba así obtenida no es una prueba pertinente”*.

El Alto Tribunal distingue entre infracción de normas infraconstitucionales y vulneración de Derechos Fundamentales, aparejando la sanción de nulidad sólo a este último caso.

Esta posición de extremo rechazo a los medios de prueba obtenidos con violación de Derechos o Libertades Fundamentales obtuvo su consagración legal en la L.O.P.J, cuyo artículo 11.1 determina que *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los Derechos o Libertades Fundamentales”*.

La prescripción de prohibición de admisión de la prueba obtenida con infracción de un Derecho Fundamental es una regla jurídica objetiva que se desprende de la dimensión objetiva de todos y cada uno de los Derechos Fundamentales, que, en cuanto reglas objetivas básicas de todos los procedimientos implica su debida observancia, de manera que esos procedimientos quedan privados de toda legitimidad constitucional sin transcurrir al margen o sin respetar los Derechos Fundamentales, o si amparan su violación. Es por ello por lo que los órganos judiciales deberán rechazar el empleo de pruebas obtenidas con infracción de Derechos Fundamentales.

4.5.2.- Prueba irregular y Prueba ilícita

Antes que nada, parece conveniente hacer una precisión terminológica entre

prueba irregular y prueba ilícita. Por prueba irregular debe entenderse aquella generada con vulneración de normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica; por su parte, deberá entender por prueba ilícita aquella en la que en su origen o desarrollo se ha vulnerado un Derecho o Libertad Fundamental.

Los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino simples instrumentos de una finalidad legítima de modo que, no toda irregularidad en la forma de practicar una diligencia de investigación conduce necesariamente a negarle valor probatorio. Así, cuando el origen de la ilicitud de la prueba se encuentra en la violación de un Derecho Fundamental, no hay ninguna duda de que tal prueba carece de validez en el proceso. Cosa distinta es que la ilicitud provenga de rango inferior, en cuyo caso deberá prevalecer el principio de verdad material, debiendo hacerse en cada caso una valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento.

Por lo tanto, la prueba nula por vulneración de Derechos Fundamentales no produce efecto alguno y su ineficacia se extiende a todas sus consecuencias.

Otro de los efectos de esta declaración será la destrucción de los soportes en los que se contienen las intervenciones telefónicas obtenidas ilícitamente.

El Tribunal Constitucional se ha limitado a impedir la consideración de prueba legalmente obtenida cuando la practicada tiene una derivación inmediata de prueba constitucionalmente obtenida y una vez quede acreditado que la intervención telefónica vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones, ha de concluirse que todo elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria.⁴⁸

⁴⁸ RIVES SEVA, A.P. *La Intervención de las Comunicaciones en el Proceso Penal. Análisis Doctrinal, Legislación y Jurisprudencia*. Editorial Bosch, 2.010; páginas 337-358.

4.5.3.- Momento procesal en el que ha de cuestionarse la validez de la prueba

A continuación, haremos mención a los distintos momentos procesales en los que se permite entrar a cuestionar la validez o no de una prueba que ha vulnerado un Derecho Fundamental, en concreto, el derecho al secreto de las comunicaciones.

. - Nulidad de actuaciones durante la instrucción de la causa

La nulidad de actuaciones puede ser apreciada de oficio por el Juez o Magistrado o bien alegarse por las partes por medio de los recursos establecidos en la Ley tan pronto como la parte advierta de su existencia. La LECrim. por su parte, no establece una tramitación concreta para la alegación de la nulidad de actuaciones.

Previa audiencia de las partes, el Tribunal podrá de oficio declarar la nulidad de todas las actuaciones, de un acto procesal concreto o de parte del mismo.

El incidente para la declaración de oficio de la nulidad también puede iniciarse a instancia de las partes que están facultadas para dirigirse al Tribunal para que proceda en ese sentido y declare, si así lo estima, la nulidad de actuaciones. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad que asiste a las partes para instar la nulidad mediante los recursos ordinarios o extraordinarios establecidos en la Ley.

. - Nulidad de actuaciones en la fase intermedia y al inicio del juicio oral

La nulidad procesal se podrá denunciar tanto en los escritos de conclusiones provisionales como al inicio del juicio oral. Esta posibilidad está regulada en el Proceso Abreviado en el artículo 786.2 de la LECrim. que prevé que las partes podrán plantear en ese momento procesal y entre otros, vulneración de algún Derecho Fundamental.

También podrá denunciarse la nulidad de actuaciones por la vía del incidente de los artículos de previo pronunciamiento (artículos 666 y siguientes de la LECrim.) En este sentido, cabe la denuncia de nulidad de actuaciones al inicio del juicio oral en el Procedimiento Ordinario.⁴⁹

4.6.- Hallazgos Casuales.

Suele ser habitual que, a partir de la investigación concreta de un delito, que es el que fundamenta la intervención “inicial”, puedan hallarse en el desarrollo de la diligencia de investigación un hecho delictivo distinto al investigado inicialmente - ámbito objetivo- y/o participación de terceros no implicados en un inicio -ámbito subjetivo-. En ese caso, la continuación de la investigación con relación a otros delitos no amparados por el auto de intervención debe realizarse con estricto cumplimiento a la doctrina jurisprudencial respecto a la necesidad de garantizar los Derechos Fundamentales.

La doctrina científica se ha encargado de definir a los hallazgos casuales como aquellos descubrimientos accidentales en el desarrollo de una intervención telefónica previamente autorizada por un Juez dentro de una concreta investigación penal que revele la comisión de un hecho ilícito nuevo desconocido hasta el momento, planteándose entonces la legitimidad de esos hallazgos.

Así pues, la principal problemática radica, por una parte, qué uso de éstos puede hacerse y, por la otra, si con estos descubrimientos fuera del ámbito de protección de la autorización judicial se está vulnerando el derecho al secreto de las comunicaciones.

⁴⁹ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Investigación y Prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabaciones de imagen y sonido*. Wolters Kluwer, 2.017; páginas 369-375

En principio, dichos descubrimientos poseen eficacia investigadora y probatoria siempre que cumplan los requisitos de necesidad, proporcionalidad y motivación.

La jurisprudencia ha sido contundente sobre qué hacer en el caso de encontrar hallazgos casuales durante una intervención telefónica; así, ante el descubrimiento de un nuevo hecho delictivo debe darse cuenta de manera inmediata al Juez, a fin de que este dicte una nueva autorización o, en su caso, se incoe un nuevo procedimiento. Su no comunicación estaría viciando de nulidad la intervención telefónica.⁵⁰

5.- Conclusiones

Las conclusiones de este trabajo pueden ser de lo mas variopintas, sin embargo, debemos centrarnos en las de mayor trascendencia, ya que estas serán las que nos hagan comprender cuáles son los fundamentos básicos del presente estudio.

I.- El Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la Constitución Española se configura como un derecho autónomo y formal que, aunque indiscutiblemente ligado con el derecho a la intimidad, difiere de éste, entre otras cosas, en el bien jurídico protegido por ambos, puesto que mientras en el derecho al secreto de las comunicaciones se protege la libertad de las mismas, en el derecho a la intimidad se protege, valga la redundancia, la intimidad.

II.- La evidente proyección pública de la que puede presumir el derecho al secreto de las comunicaciones, lo hace meritorio de ser considerado como una de las señas de identidad del Estado Social y Democrático de Derecho. Ello supone que, el mencionado derecho, como no podría ser de otra manera, aparezca configurado

⁵⁰ CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Bosch, 2.014; páginas 87-96

configurado con una amplia titularidad con proyección frente a todos los posibles vulneradores.

III.- Los derechos, aunque fundamentales, no son absolutos y en este sentido, el derecho al secreto de las comunicaciones y tal como dispone el artículo 53 de nuestra Carta Magna puede verse limitado por Ley, es decir, existen unos supuestos taxativamente señalados por los cuáles podrán efectuarse injerencias, eso sí, siempre y cuando se observe el efectivo cumplimiento de los aludidos requisitos.

En cumplimiento del citado mandato constitucional y a través de la reciente reformada operada por la Ley Orgánica del 2.015, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, cuya finalidad no fue otra que dar efectivo cumplimiento a la doctrina proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, implicando un considerable avance y supliendo así la carencia normativa de la que hasta la fecha adolecía la materia, ha modificado el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo a las intervenciones telefónicas, además de efectuar una minuciosa regulación en el artículo 588 del citado cuerpo normativo sobre las diversas diligencias de investigación que pueden afectar al derecho al secreto de las comunicaciones.

No podemos dejar de mencionar la inclusión del artículo 579 bis de la Ley de Enjuiciamiento criminal relativo a los denominados hallazgos casuales, es decir, aquellos descubrimientos accidentales en el desarrollo de una intervención telefónica previamente autorizada.

IV.- Atendiendo a una de las posibles definiciones dadas sobre las intervenciones telefónicas, las mismas pueden ser definidas como: *“Todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el Juez de Instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad y en el curso de un procedimiento penal,, decide, mediante auto especialmente motivado, que por la policía judicial se proceda al registro de las llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor”*.

Como diligencia de investigación que es, la misma debe practicarse en la fase de instrucción de un concreto proceso penal, respetando en todo caso el principio de proporcionalidad sin olvidarnos de los restantes requisitos tanto constitucionales como de legalidad ordinaria. Tal y como tuvimos oportunidad de ver, el alcance de las intervenciones telefónicas es dilatado.

V.- El grado de afectación de una intervención telefónica, dependerá de si en la misma se han vulnerado normas infraconstitucionales o Derechos Fundamentales, aparejando la sanción de nulidad sólo a este último supuesto.

En cuanto al momento procesal oportuno para proceder a la denuncia de determinadas conductas infractoras y teniendo en cuenta que nos situamos ante posibles vulneraciones de Derechos Fundamentales, la misma deberá efectuarse desde ese preciso instante de que se tenga conocimiento de dichas conductas.



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Si bien es cierto que la última reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ayudó a superar la precaria regulación en la materia, no podemos pasar por alto que la tecnológica avanza a pasos de gigante. Quién sabe lo que deparará el futuro, los posibles novedosos métodos de delinquir y el proceso de investigación que esto implicará.

Sucediendo así las cosas, que no quede la menor duda de qué reformas que se adapten a las nuevas realidades serán más que frecuentes en un futuro, me atrevo a decir, no tan lejano.

6.- Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., LÓPEZ AGUILAR, J.F, BALAGUER CALLEJÓN, M.L Y MONTILLA MARTOS, J.A. *Manual del Derecho Constitucional. Volumen II. Derechos y Libertades Fundamentales. Deberes Constitucionales y Principios Rectores. Instituciones y Órganos Institucionales.* Duodécima Edición, 2.017.
- GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P. y DÍAZ MARTÍNEZ, M. *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*, Tercera Edición, 2.018.
- DÍEZ-PICAZO, L.M. *Sistema de Derechos Fundamentales.* Cuarta Edición. 2.014.
- SÁNCHEZ COVISA, F.J. *Revisión del Concepto Constitucional del Secreto de las Comunicaciones.* 2.017.
- CASANOVA MARTÍ, R. *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal.*
- ilp ABOGADOS. *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones.* 2.018.
- S.Y, S. 2.017. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E. *El Derecho al Secreto de las Comunicaciones.* Dialnet, Universidad de La Rioja.

- VILLANUEVA TURNES, A. Posibles problemas en la Intervención de las Comunicaciones en España. Estudios de Deusto. 2.015.

- ALONSO FERNÁNDEZ, M. *El Secreto de las Comunicaciones en el Proceso Penal*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 2.014.

- DÍEZ PICAZO, L.M. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Cuarta Edición, 2.013. Thomson Reuters, Civitas.

- REBOLLO DELGADO, L. *Derecho Constitucional III. Derechos y Libertades*. Editorial Colex. 2.003.

- BLÁZQUEZ GALLEGO, L., CARBONELL SENDRA, M., GARCÍA LÓPEZ, L., GUARAYO GARCÍA, K., JIMÉNEZ RUÍZ, J.L., PÉREZ DE MADRID, E., PÉREZ ROSA, E., RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., RONDÓN GARCÍA, P., DE ROSSI, L. Y SILVA CUESTA, A. *Derechos y Libertades de las Personas Extranjeras en España*. Proyectos Themis.

- ALONSO FERNÁNDEZ, M. *El Secreto de las Comunicaciones en el Proceso Penal*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid. 2.014.

- GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A., MORENILLA ALLARD, P., DÍAZ MARTÍNEZ, M.. *Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional*. Edisofer, 3ª Edición. 2.018.

- VICTORIA GONZÁLEZ, E. *La Nueva Regulación de la Intervención de las Comunicaciones en el Proceso Penal Español*. Universidad de Salamanca. 2.016.

- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Editorial Colex.

- GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Civitas, 2.012.

- OLMEDO, M. Límites al Derecho de Defensa: Intervención de las comunicaciones entre Abogado y Cliente. 2.011.

- LLAMAS FERNÁNDEZ, M., GORDILLO LUQUE, M.J., *Medios técnicos de vigilancia. Los nuevos medios de investigación en el Proceso Penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*. Cuadernos de Derecho Judicial, Número 2, 2.007

- RIVES SEVA, A.P. *La Intervención de las Comunicaciones en el Proceso Penal. Análisis Doctrinal, Legislación y Jurisprudencia*. Editorial Bosch, 2.010.

- RICHARD GONZÁLEZ, M. *Investigación y Prueba mediante Medidas de Intervención de las Comunicaciones, Dispositivos Electrónicos y Grabación de Imagen y Sonido*. Wolters Kluwer, 2.017.

- CASANOVA MARTÍ, R. *Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal*. Bosch Editor, 2.014.

7.- Jurisprudencia

. - *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

- Sentencia TEDH 2.007/17, de 13 de Marzo. *Castravet Contra Moldavia*.

. - *Sentencias del Tribunal Constitucional*

- STC 114/1.984, de 29 de Noviembre.

- STC 49/1.999, de 5 de Abril.

- STC 50/2.000, de 28 de Febrero.

- STC 175/2.000, de 26 de Junio.

- STC 56/2.003, de 24 de Marzo.

- STC 1560/2.003, de 19 de Noviembre.

- STC 239/ 2.006, de 17 de Julio.

- STC 281/2.006, de 9 de Octubre.

- STC 5/2.010, de 7 de Abril.

- STC 26/2.010, de 27 de Abril.



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



- STC 9/2.011, de 28 de Febrero.

- STC 96/2.012, de 7 de Mayo.

- STC 146/ 2.014, de 22 de Septiembre.

- STC 175/ 2.014, de 22 de Septiembre.

- . - *Sentencias del Tribunal Supremo*
- STS 579/1.992, de 22 de Abril.

- STS 123/2.002, de 20 de Mayo.

- STS 940/ 2.011, de 11 de Septiembre.

- STS 70/ 2.012, de 3 de Abril.



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho

