



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso: 2017 / 2018
Convocatoria: Julio

**LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL
PROCESO PENAL ESPAÑOL COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN Y
MEDIO DE PRUEBA**

**THE INTERVENTION OF TELEPHONIC COMMUNICATIONS ON THE
SPANISH LEGAL PROCESS AS PROCEDURE OF INVESTIGATION AND
EVIDENCE**

Realizado por el alumno/a D^a Sara Estévez Díaz

Tutorizado por el Profesor/a D^a Juana Pilar Rodríguez Pérez

Departamento: Procesal

Área de conocimiento: Derecho Procesal Penal



ABSTRACT

The measure of intervention about telephonic communications as investigation procedure, has been object of several reforms in the Spanish legal system because of his scarce regulation and the coercive character of it, because it takes place through the violation of the fundamental secret of telephonic communications, protected via constitution.

The last reform has given the measure of telephonic intervention more legal security in practice, because now the constitutional and legal requirements and the procedures that need to be fulfilled to take the measure are clearly regulated.

Despite it, the jurisprudence at Spanish courts has saved the lack or regulation through pronouncements, because has made the requirements that need to happen to make a telephonic investigation happen and added to the criminal law later. In addition, the doctrine about the illicit evidence obtained vulnerating the fundamental right of secrecy on communications and their inefficacy on legal procedures.

Finally, the evolution of jurisprudence will be studied in this subject and the different criteria who ensures jurisprudential procedures to stricter constitutional protections on telephonic communications at a legal procedure and meddling with secrecy fundamental rights of communications allowing an individual to be condemn base on an illicit evidence, and the different clarifications.



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, como diligencia de investigación, ha sido objeto de numerosas reformas en el ordenamiento jurídico español debido a su escasa regulación, y al carácter coercitivo de la misma, puesto que se lleva a cabo a través de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, protegido constitucionalmente.

La última reforma ha dotado a la medida de mayor seguridad jurídica en su práctica, ya que ahora se regulan de forma clara los requisitos constitucionales y de legalidad ordinaria que deben concurrir en la adopción de la medida de intervención telefónica, así como el procedimiento para llevarla a cabo.

A pesar de ello, la jurisprudencia de los tribunales españoles ha salvado la ausencia de regulación en esta materia a través de sus pronunciamientos, ya que ha sido la que ha elaborado los requisitos que deben concurrir en la medida de investigación telefónica que, posteriormente, han sido recogidos en el texto legal criminal español. Además, ha elaborado doctrina referida a ilicitud de las pruebas obtenidas con la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en el caso de las intervenciones telefónicas, y su ineficacia en el proceso penal.

Por último, se estudiará la evolución de la jurisprudencia en esta materia, y el cambio del criterio garantista de los pronunciamientos jurisprudenciales hacia una tendencia más restrictiva de las garantías constitucionales relativas a la intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, y su injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, permitiendo así, la condena de un individuo basada en una prueba ilícita, con las debidas matizaciones que se estudiarán.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE	2
1. La Intervención de las Comunicaciones telefónicas en el Proceso Penal	2
1.1. Concepto	2
1.2. Breve reseña al régimen jurídico anterior y posterior a la reforma	4
2. Derechos Fundamentales afectados por la medida y su protección	7
2.1. El secreto de las comunicaciones telefónicas como derecho fundamental.....	7
2.1.1. Concepto y regulación legal	7
2.1.2. Titularidad del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas	8
2.2. El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y el derecho a la intimidad	9
2.3. Situaciones que afectan al Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas	10
SEGUNDA PARTE	13
1. Requisitos de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas.....	13
1.1. Requisitos constitucionales	15
1.1.1. Exclusividad jurisdiccional y resolución judicial motivada	15
1.1.2. Prohibición del exceso en el uso de la medida	17
1.1.3. Especialidad	18
1.1.4. Contradicción y protección de terceros	20
1.2. Requisitos de legalidad ordinaria	20
1.2.1. Control judicial	20
1.2.2. Selección de las conversaciones	21
1.2.3. Necesidad de oír en el juicio oral lo gravado	21
1.3. Datos electrónicos de tráfico o asociados	21

TERCERA PARTE	22
1. La válida aportación al proceso penal de los resultados obtenidos de la intervención de las comunicaciones telefónicas.	22
1.1. Medios de prueba a través de los cuales se puede introducir en el juicio oral los resultados obtenidos en las intervenciones telefónicas	23
2. Breve análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de intervenciones telefónicas	25
2.1. El reconocimiento constitucional y legal de la Teoría de la prueba prohibida.	26
2.2. La doctrina de la Eficacia refleja de la prueba prohibida o “Teoría de los frutos del árbol envenenado”.	28
2.2.1. Origen anglosajón de la teoría y su incorporación a nuestro ordenamiento	29
2.2.2. Límites a la teoría en la jurisprudencia española	30
2.3. La transformación de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional: la tendencia anti garantista.	33
2.3.1. Excepción de la conexión de antijuricidad	34
2.3.2. Excepción de la confesión voluntaria del inculpado	37
2.3.3. Excepción de la buena fe.....	40
CONCLUSIONES.....	41
BILIOGRAFÍA.....	47

INTRODUCCIÓN

La exigencia de una regulación normativa específica de la intervención judicial de las comunicaciones telefónicas y su adaptación a las exigencias internacionales ha obligado a concretar aquellos presupuestos y requisitos que deben concurrir para poder limitar el Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, contemplado en el art. 18.3 de la Constitución Española (en adelante CE).

La primera vez que el Ordenamiento Jurídico Español contempla la intervención de las comunicaciones telefónicas, lo hace con la Ley Orgánica 4/1998 de 25 de mayo de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LO 4/1988), a través de un único precepto, el art. 579, muy criticado incluso por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), por su escasa o nula regulación.

El escenario estaba compuesto por una laguna legislativa, donde era la jurisprudencia, a través de sus sentencias, la que iba estableciendo los requisitos exigibles para conculcar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, además de las continuas resoluciones condenatorias del TEDH a España por vulneración de derechos fundamentales; con este panorama, se aprueba la Ley Orgánica 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 (en adelante LO 13/2015). Esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), introduce por primera vez un procedimiento específico en materia de intervenciones telefónicas, así como de otros actos de investigación tecnológica.

Hasta entonces, esa carencia ha sido suplida por la incesante jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) y del Tribunal Supremo (en adelante TS), que ha ido construyendo el procedimiento a seguir y definiendo los requisitos, tanto de legalidad constitucional como de legalidad ordinaria, necesarios para que la intervención de las comunicaciones telefónicas como diligencia de investigación sea ajustada a Derecho, y se convierta en prueba válida en el proceso penal. Ambos Tribunales han acogido la doctrina elaborada por el Derecho anglosajón en la materia, tanto como la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas como medio de prueba en el proceso penal, la Teoría de la prueba prohibida y la eficacia refleja, o Teoría de los frutos del árbol envenenado.

Con lo dicho, el presente trabajo estudia, en primer lugar, la intervención de las comunicaciones en el proceso penal, como medida de investigación en la fase de instrucción, analizando su régimen jurídico y los derechos fundamentales a los que afecta, incluyendo las situaciones en las que se considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas previsto en el art. 18.3 CE. En segundo lugar, se estudian los requisitos necesarios para que la medida de intervención telefónica sea legal y conforme a derecho, diferenciando entre los requisitos constitucionales y requisitos de legalidad ordinaria. Y, en tercer lugar, se observa la medida de intervención telefónica como prueba en el proceso penal y su incorporación al plenario, así como un breve análisis de la evolución jurisprudencial del TC y del TS hacia una posición menos garantista, basada en la Teoría de la prueba prohibida y la eficacia refleja, y sus posteriores excepciones

PRIMERA PARTE

1. La Intervención de las Comunicaciones telefónicas en el Proceso Penal

1.1. Concepto

El concepto de intervención de las comunicaciones telefónicas ha sido objeto de un análisis profundo tanto por la doctrina como por los tribunales. El profesor LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ las define como “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 oral determinados elementos probatorios”¹.

Por otro lado, MONTERO AROCA define las intervenciones de las comunicaciones telefónicas como “la toma de conocimiento por la autoridad judicial o la policial por su delegación de comunicaciones telefónicas (verbales), en cualquiera de los medios posibles, o telemáticas (escritas), igualmente sea cual fuere el programa utilizado,

¹ López-Fragoso Álvarez, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1991, pág. 12-13.

mediante el uso de aparatos configurados técnicamente para ello, entre dos o más personas que desconocen la interceptación y que se encuentran separadas entre sí”².

Siguiendo la doctrina, se puede decir que la intervención, ahora denominada “interceptación”³ según la reforma operada por la LO 13/2015, es una diligencia o acto de investigación que se desarrolla en el marco de la fase de instrucción de un proceso penal que supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas de la persona investigada, con el fin de averiguar su participación en un hecho delictivo.

Se trata de una medida de carácter excepcional al suponer una grave injerencia de un derecho fundamental, es por ello por lo que la nueva regulación, entre otras exigencias, limita los delitos en cuya investigación se puede aplicar.

Es imprescindible la existencia de una resolución judicial habilitante motivada, en la que concurren los requisitos de proporcionalidad, idoneidad, excepcionalidad y especialidad de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, de tal forma que la ausencia de alguno de ellos puede suponer la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida, así como la derivada de ésta.

El TS, en su sentencia 579/1998, de 22 de abril, define las intervenciones telefónicas, considerando que *“las intervenciones telefónicas-vulgarmente denominadas “escuchas telefónicas” implican una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación, en su caso, de determinados elementos probatorios”*.

² Montero Aroca, J. (AAVV)., Derecho Jurisdiccional penal III, Proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 pág. 248.

³ A mi juicio, la sustitución del concepto intervención por el de interceptación que hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta reforma no se ajusta verdaderamente a la esencia de la medida, puesto que, interceptar significa obstruir u obstaculizar algo, por lo que entenderíamos que lo que se persigue es obstaculizar la comunicación telefónica, y realmente lo que se pretende es que continúe con normalidad para poder investigar a las personas que la realizan. Entiendo, por tanto, que el término intervención de las comunicaciones, utilizado en la legislación anterior, se ajusta más al contenido de la medida.

De lo dicho, se puede concluir que la intervención de las comunicaciones telefónicas, que son objeto de estudio en el presente trabajo, es una diligencia de investigación que se lleva a cabo durante la fase instructora de un procedimiento penal, que requiere una resolución judicial en forma de auto, y solo podrá acordarse para la investigación de determinados delitos, bajo el convencimiento fundado de que se han agotado todos los medios de investigación y para avanzar en ella, el único camino es la intervención de las comunicaciones telefónicas del investigado.

1.2. Breve reseña al régimen jurídico anterior y posterior a la reforma

En el ordenamiento jurídico español el art. 18.3 CE, garantiza el secreto de las comunicaciones telefónicas, además de las postales y telegráficas. La LECrim, antes de ser reformada en 2015, dedicaba un único precepto a las intervenciones telefónicas, el art. 579, que fue introducido al texto legal por la LO 4/1988. El artículo contemplaba la posibilidad de adoptar por resolución motivada del Juez instructor la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, hoy investigado o encausado, sujetándola por un plazo de tres meses, prorrogables por iguales periodos y en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realizaban para la averiguación de delitos relacionados con las actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas, la medida podía ser ordenada por el Ministro del Interior, o en su defecto el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente y de forma motivada al Juez.

Los requisitos que debía de tener en cuenta el juez instructor para adoptar la medida no estaban legalmente previstos, los venía fijando la jurisprudencia del TS y TC, lo cual significaba que se trataba de una fuente no legal, y además compuesta. La fijación de estos criterios por la jurisprudencia no se veía con buenos ojos por el TEDH al interpretar el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), precepto que ya regulaba el derecho al respecto de la vida privada, familiar y de su correspondencia y domicilio, no pudiendo mediar injerencia de la autoridad. Si bien es cierto, que en el mencionado precepto no se regula de forma expresa el secreto a las comunicaciones, el Tribunal estimó en el primer asunto relativo a esta cuestión, que las comunicaciones telefónicas se encuentran involucradas dentro de la vida privada de las personas, y evidentemente de su correspondencia, y que, por ello, sí que se produce una

injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones mediante las intervenciones telefónicas (caso Klass, STEDH de 6 de septiembre de 1978) ⁴.

Además, el TEDH en el año 1998 condena a España por vulneración del art. 8 del CEDH, asunto Valenzuela Contreras contra España, por la inexistencia de regulación en el ordenamiento jurídico español respecto a la injerencia de la intervención de las comunicaciones telefónicas en el derecho al secreto de las comunicaciones; “(...) *el derecho español, escrito y no escrito, no indicaba con suficiente claridad la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en este tema. El señor Valenzuela Contreras no disfrutó, por lo tanto, del grado mínimo de protección requerido por la preeminencia del derecho en una sociedad democrática. Hubo, por lo tanto, violación del artículo 8*”⁵.

Al no existir una regulación pormenorizada en el ordenamiento jurídico español hasta el año 2015, el TEDH ha ido evolucionando en sus pronunciamientos sobre la visión de esta fuente compuesta, y así se ha reflejado más claramente en una concreta resolución respecto a las intervenciones telefónicas: la Sentencia de 18 de febrero de 2003. Esta resolución es una referencia relevante en la jurisprudencia en materia de intervenciones telefónicas; el caso Prado Bugallo contra España, en la que el demandante sostiene que la intervención de sus comunicaciones telefónicas supuso la vulneración del art. 8 del CEDH, considerando que la legislación española no se ajusta al mismo. Finalmente, el Tribunal considera que hay insuficiencia de regulación legal, puesto que la reforma del art. 579 LECrim por la LO 4/1988 no cumple con las exigencias requeridas para la injerencia del derecho, aunque sí considera que las resoluciones del TS y del TC han intentado paliar estas insuficiencias.

En palabras de LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ la regulación legal hasta la reforma de la LO 13/2015 de la que se hablará a continuación, era una regulación “parca, oscura y contradictoria”, que suponía una laguna en el sistema procesal penal español ya que se trata de una diligencia de investigación que supone la injerencia en un derecho fundamental y ello sin apenas requisitos legales.

⁴ Montero Aroca, J., La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 59.

⁵ STEDH 1998/31.

El TC en una sentencia del año 2014⁶ da una última oportunidad al legislador de regular esta insuficiencia, declarando nula la intervención de las comunicaciones verbales directas en las dependencias de la policía entre los individuos que estaban allí detenidos. Esto significó la anulación de la STS 513/2010, de 2 de junio, entendiéndose que no se ha previsto regulación legal en materia penitenciaria y que tampoco el propio art. 579.2 LECrim, ha permitido que se intervengan las comunicaciones verbales directas entre los detenidos. Este pronunciamiento abogó a la necesidad de que el ordenamiento jurídico español regulase esta materia de forma clara, para que cualquier persona ajena al derecho, entendiera que premisas son necesarias para poder vulnerar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La reforma de esta materia en la LECrim operada por la LO 13/2015 introduce una regulación legal detallada sobre las intervenciones telefónicas y lo hace concretamente en el libro II, título VIII, el capítulo IV, arts. 588 bis a) a art. 588 bis k) que regula los principios rectores de las medidas, y el capítulo V, el art. 588 ter a) a art. 588 ter m), que ya regula de forma más concreta las intervenciones de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

Tras un análisis de los novedosos preceptos, se puede apreciar que, como ya se ha dicho, se enumeran una serie de delitos, en la investigación de los cuales puede adoptarse la medida de intervención telefónica; y el art. 588 ter a) hace una remisión al art. 579.1, donde se contienen éstos, comunes, además, a la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica. La investigación tiene que tener por objeto alguno de los siguientes: delitos dolosos castigados con pena de prisión de al menos tres años; delitos cometidos por organización o grupo criminal y delitos de terrorismo, o delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación.

Así mismo, el Juez, pudiendo acordar esta medida de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, tendrá un plazo máximo de veinticuatro horas para autorizarla o denegarla mediante auto motivado y oído el Ministerio Fiscal. La duración máxima de la medida será de tres meses, aunque podrán prorrogarse por periodos sucesivos de igual duración, siendo el plazo máximo final de dieciocho meses. Y en casos de urgencia, en las investigaciones que tengan por objeto la averiguación de

⁶ STC 45/2014, de 22 de septiembre.

delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, se mantiene la premisa de ordenación de la medida por el ministro del interior, o en su defecto por el Secretario de Estado de Seguridad, comunicándola siempre al Juez competente.

Respecto al régimen jurídico, no se debe olvidar la regulación legal de esta materia en el ámbito comunitario, en el cual encontramos las Directivas 2006/24/CE, sobre la conservación de datos de tráfico y la 2002/58/CE, sobre comunicaciones electrónicas. También los Tratados Internacionales que regulan las intervenciones de las telecomunicaciones, en el marco de la cooperación judicial penal, destacando el Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo del año 2000.

2. Derechos Fundamentales afectados por la medida y su protección

2.1. El Secreto de las Comunicaciones telefónicas como Derecho Fundamental

2.1.1 Concepto y regulación legal

La CE regula el derecho al secreto de las comunicaciones en el Título I “de los derechos y deberes fundamentales”, capítulo II “derechos y libertades”, y sección I “de los derechos fundamentales y las libertades públicas”, art. 18.3.

El precepto establece que: “*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*”. Por ello, se garantiza de forma especial el derecho de cada individuo a mantener en secreto sus comunicaciones y especialmente las postales, telegráficas y las telefónicas, salvo resolución judicial.

Asimismo, se encuentra recogido junto a otros derechos fundamentales como son el honor, la intimidad y la propia imagen, inviolabilidad del domicilio y la protección de datos personales, con los que comparte el bien jurídico protegido: la intimidad personal. No obstante, el derecho al secreto de las comunicaciones se caracteriza por su autonomía respecto al resto de derechos fundamentales recogidos en el art. 18 CE, afirmación que se constata en la STC 123/2002, de 20 de mayo, y cuya justificación reside en la especial vulnerabilidad de las comunicaciones y su confidencialidad, lo que exige una específica regulación constitucional por la intervención de un tercero ajeno a la comunicación.

Un sector doctrinal defiende que el art. 18 CE se refiere a un solo derecho fundamental con varias manifestaciones, cuestión discutida por otro sector de la doctrina, apoyado por la jurisprudencia del TS, que defiende que lo que contempla el art. 18 CE son diferentes derechos fundamentales. Los argumentos utilizados por el sector de la doctrina en el primer caso son, por ejemplo, en caso de que el legislador pretendiera regular un derecho distinto al establecido en este precepto, lo hubiera regulado en un uno distinto. Por el contrario, el sector de la doctrina que considera que en art. 18 CE se contemplan varios derechos, entiende que, si se tratara del mismo, la norma sería reiterativa y que, la diferenciación de los apartados del precepto precisamente se piensa para diferenciar los ámbitos a los que afecta cada derecho.

El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se materializa en “un derecho que permite que una persona pueda comunicarse libremente con cualquier otra a través de un medio de comunicación cerrado, y sin que sea conocido el contenido de la comunicación por terceros ajenos a la misma”⁷.

En el ámbito comunitario se reconoce el derecho fundamental al secreto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948⁸, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966⁹, del que España forma parte.

2.1.2. Titularidad del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas

Es titular del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, puesto que lo que se protege es la esfera privada del individuo. El TC ha atribuido eficacia “erga omnes” a este derecho, considerando que su protección abarca tanto la esfera de actuación de los particulares como la de los poderes públicos, sin embargo, el TS considera que, en caso de tratarse de intromisiones en las comunicaciones telefónicas llevadas a cabo por particulares, es el derecho a la intimidad el vulnerado, y no el del secreto de las comunicaciones.

⁷ Casanova Martí, R., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Bosch Procesal, 2014 pág. 47.

⁸ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o en su correspondencia (...)”, (art. 12).

⁹ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia o su domicilio o su correspondencia (...)”, (art. 17).

Por tanto, debe distinguirse la protección del derecho encaminada a la intervención de las comunicaciones telefónicas por las autoridades públicas, de la mera intromisión por un particular en el proceso comunicativo de otro, cuestión prevista en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁰.

2.2 El Derecho al Secreto de las Comunicaciones telefónicas y el Derecho a la Intimidad.

El bien jurídico protegido constitucionalmente es el secreto y libertad de las comunicaciones personales, aunque no se ha podido delimitar de forma clara en que supuestos se vulnera el derecho a la intimidad y no el derecho al secreto de las comunicaciones, a pesar de ello se consideran dos derechos distintos pero su ámbito de afectación no queda perfectamente definido.

No obstante, en la actualidad no cabe duda alguna acerca de que el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones son dos derechos completamente distintos; la resolución del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, de 10 de junio de 1991, recoge: “(...) *se desprende ya inicialmente la distinción entre intimidad, como noción material o área que cada persona reserva para sí, que se identifica por el contenido, y comunicación, que es noción formal sin relación al contenido y que atiende a un medio en alguna manera técnico, al que alude el párrafo 3 del mismo artículo 18*”¹¹. Y con posterioridad, la STC 241/2012, de 17 de diciembre, define de forma diferente el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, entendiendo que: “*el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art.18.1 CE, (...) se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona (...). El derecho al secreto de las comunicaciones consagra la interdicción de la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o, a la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la*

¹⁰ “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas (...) el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha (...) para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.” (art. 7.1).

¹¹ Montero Aroca, J, La intervención de las comunicaciones telefónicas (...), op. cit., pág. 44-45.

correspondencia ajena guardada por su destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico o a través de telefonía móvil, por ejemplo”¹².

El derecho al secreto de las comunicaciones, en palabras del profesor LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, “no constituye una especie particular del más general derecho a la intimidad del art.18.1CE”, como menciona la STC 114/1984, de 29 de noviembre, “*el concepto de secreto en el art.18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito, la persona, lo íntimo o lo reservado*”; por tanto, frente al carácter material que tiene el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones, tiene un carácter formal¹³.

2.3 Situaciones que afectan al Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas

No todas las intervenciones de las comunicaciones telefónicas de un individuo afectan al derecho al secreto de estas. Evidentemente, es una afirmación totalmente interpretable, ya que, la duda en determinadas situaciones se puede considerar razonable; por ello, es preciso analizar qué supuestos afectan al derecho protegido.

En primer lugar, el registro de llamadas telefónicas o “recuento” lo define el TEDH como “*el empleo de un mecanismo (un contador combinado con un aparato impresor) que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y la duración de cada llamada (...)*”¹⁴. Fue por primera vez, en el caso Malone contra Reino Unido donde se reconoce la injerencia en el derecho contenido en el art. 8 CEDH¹⁵ por el simple registro de los números de teléfono, sin acceder al contenido de las llamadas¹⁶. El TEDH distingue entre el recuento y la intervención de las comunicaciones telefónicas, entendiendo que, el registro de los números de teléfono tiene una finalidad lícita: la comprobación de determinada información de los abonados, sin embargo, la intervención de las comunicaciones telefónicas va más allá, significando que la

¹²Casanova Martí, R, Las intervenciones telefónicas (...), op. cit., pág. 53-54.

¹³ López-Fragoso Álvarez, T., “*Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes*”, en Cuadernos de Derecho Judicial, XXIX, La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 87-88.

¹⁴Casanova Martí, R, Las intervenciones telefónicas (...), op. cit., pág. 70-76.

¹⁵ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (...).”

¹⁶ Breve referencia al caso, que ocurre.

intromisión del derecho al secreto de las comunicaciones es gradual, y siempre que se haga con el desconocimiento del abonado, vulnerando el mencionado artículo.

También es una cuestión controvertida la determinación de si la entrega por las compañías telefónicas a la autoridad policial del registro de las llamadas y del listado telefónico afecta al derecho fundamental protegido, sobre ello se pronuncia la reciente STC 115/2013, de 9 de mayo, afirmando que la entrega sin el consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial motivada, por existir injerencia en el proceso de comunicación. El TC se ha pronunciado en los mismos términos, matizando la menor intensidad de la injerencia en este supuesto, a través de la ponderación del principio de proporcionalidad, en relación con las escuchas telefónicas. La doctrina procesal, por su parte entiende que “cualquier dato derivado de una comunicación telefónica debe integrarse dentro del contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, por derivarse, aunque sea indirectamente, de dicha comunicación”¹⁷.

En segundo lugar, el acceso a mensajes de texto, mensajería instantánea o correo electrónico requiere autorización judicial para su intervención ya que son “*auténticas y genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo o telégrafo, pero cuyo vehículo de transmisión en este supuesto, es el teléfono (...), se trata de una especie de comunicación misiva personal efectuada vía telefónica, que no se oye por su destinatario, sino que se lee (...), por lo que resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el secreto que establece el art. 18.3 CE*”¹⁸. Tampoco ha de obviarse los avances tecnológicos que han hecho posible la comunicación instantánea a través de internet con la aplicación de mensajería instantánea para teléfonos móviles, como por ejemplo los WhatsApp, lo que permite una comunicación personal, pero que su intervención cause injerencia en el derecho fundamental protegido dependerá del acceso al contenido de los mensajes; si hay acceso al mismo por el destinatario antes de la intervención telefónica, no se considera vulnerado el derecho al secreto porque el proceso de comunicación ha finalizado, sin embargo, en caso de que el destinatario no haya tenido acceso al contenido del mensaje y es intervenido por la autoridad policial, sí se produce vulneración.

¹⁷ Ídem pág. 76.

¹⁸ STS 1235/2002, de 27 de junio, FJ segundo.

En tercer lugar, la identificación de los códigos IMEI o IMSI de un teléfono móvil¹⁹ permite conocer la persona que hace la llamada y el lugar desde donde la realiza, pero el TS refiere que únicamente su conocimiento, queda fuera del ámbito del secreto de las comunicaciones, por lo que no se requiere autorización judicial para su obtención²⁰. Eso sí, una vez obtenidos los códigos por la autoridad policial, sí será necesaria la resolución judicial autorizando la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, para conocer los datos relativos al proceso de comunicación objeto de la investigación.

En cuarto lugar, los hallazgos casuales hacen referencia al descubrimiento causal de unos hechos que no tienen conexión con los que son objeto de investigación, y que servirán para iniciar una nueva investigación con la finalidad de averiguar si esos hallazgos casuales constituyen, o no, un delito. Para ello, será necesaria la resolución judicial de autorización de una nueva medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, ya que así lo exige el art. 579 bis apartado 3 LECrim²¹. No obstante, la controversia se encuentra en la posibilidad de utilizar los resultados obtenidos de la intervención telefónica en la que surge el hallazgo causal, como prueba en un proceso penal distinto, donde el Juez deberá ponderar si la medida de investigación limitativa del derecho protegido cumple las garantías exigidas en la ley, siendo necesaria “la deducción de testimonios y antecedentes necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, como viene exigiendo el TS desde hace tiempo e introduce el legislador en el nuevo art. 579.2 bis LECrim”²².

Y, por último, la instalación de aparatos de escucha en un lugar cerrado para la grabación de las conversaciones privadas entre dos o más personas puede vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones, pero también, el derecho a la intimidad, cuestión que se discute, debido a que esta actividad no está prevista en la LECrim. La Circular 1/2013, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas en relación con la

¹⁹ El IMEI es un código del teléfono móvil que identifica a un teléfono en particular. El IMSI es un código de identificación único para cada teléfono móvil integrado en la tarjeta SIM.

²⁰ STS 686/2013, de 29 de julio, FJ tercero.

²¹ “La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento.”

²² Casanova Martí R., (AAVV), Nueva Regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinto, El Proceso Penal, cuestiones fundamentales, parte 4, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 335-336.

diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, establece que se debe partir de la necesidad de la resolución judicial motivada para adoptar esta medida, y su uso, debe limitarse a determinados supuestos en los que se carezca de otras posibilidades y los delitos objeto de la investigación sean de carácter grave.

SEGUNDA PARTE

1. Requisitos de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas

La intervención de las comunicaciones telefónicas como medida restrictiva de derechos fundamentales, está sujeta al cumplimiento de determinados requisitos para justificar la injerencia que produce. Con anterioridad a la reforma operada por la LO 13/2015²³, la jurisprudencia del TS fue la que determinó qué requisitos condicionaban la validez de las intervenciones telefónicas, concretamente la sentencia de 22 de febrero de 2007 los recoge: exclusividad jurisdiccional, adopción de la medida en el cauce de una investigación en curso y visible existencia de indicios suficientes, valoración de la necesidad y proporcionalidad de la medida, su carácter excepcional y de duración limitada, debida motivación del auto habilitante y control judicial de la medida.

La jurisprudencia del TS distingue entre la vulneración de las garantías constitucionales y la infracción de la legalidad ordinaria; puede considerarse el punto de partida de esta distinción la sentencia de 6 de octubre de 1995, en la que se explicita la distinción entre la legalidad constitucional y la legalidad ordinaria, *“tales exigencias, tales prevenciones, tales reglas hacen referencia a requisitos necesarios para adoptar la medida judicial sobre la intervención telefónica. Unas anteriores o coetáneas a la resolución, otras posteriores. Las primeras dentro de la legalidad constitucional, las segundas de legalidad ordinaria”*. A partir de esta sentencia, el Tribunal reitera la distinción en todos sus pronunciamientos, como por ejemplo la STS de 8 de julio de 1997: *“(…) y recuerda (…) la diferencia existente entre los requisitos en orden a la legalidad constitucional de las medidas de intervención de las comunicaciones telefónicas y las posibles irregularidades e incorrecciones procesales en la práctica de la intervención (…)”*. Otro ejemplo de esta distinción, más reciente, es la STS 752/2013, de 16 de octubre: *“(…) En efecto, como fuente de prueba y medio de investigación, deben respetar unas*

²³ Recordar que esta ley modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas (...) Una vez superados estos controles de legalidad constitucional, y solo entonces, deben concurrir otros de estricta legalidad ordinaria, solo exigibles cuando las intervenciones telefónicas deban ser valoradas por sí mismas, y en consecuencia poder ser estimadas como medio de prueba (...)”. Es numerosa la jurisprudencia que distingue los requisitos de legalidad constitucional y ordinaria, motivo por el cual, en el presente trabajo, se estudiarán los requisitos conforme a esa distinción.

El legislador ha establecido en la nueva regulación de la LO 13/2015, concretamente en el art. 588 bis a) a 588 bis k), los principios rectores y garantías constitucionales y ordinarias que debe cumplir la autorización judicial de la medida de intervención telefónica, así como todos los actos de investigación tecnológica. Estos principios ya se habían concretado anteriormente por la doctrina del TS y TC, pero era necesario que el ordenamiento jurídico español se adaptara a las exigencias internacionales en esta materia, puesto que España había sido condenada por el TEDH en varias ocasiones con motivo de la ausencia de regulación específica en materia de intervención de las comunicaciones telefónicas²⁴. Por ello, la finalidad es poder “determinar primero, y poder controlar después, que la resolución jurisdiccional de limitación de los derechos fundamentales a través de estas medidas es legítima, está fundamentada y es procedente”²⁵.

Con todo lo expuesto, se puede concluir que, “la importancia de la distinción entre los requisitos constitucionales o los de legalidad ordinaria radica en los efectos que se derivan de la vulneración de unos y otros. La infracción de un requisito constitucional implica que se ha producido la intervención con desconocimiento de la vulneración de un derecho fundamental, y la consecuencia es que no podrán llevarse al juicio oral las cintas con las conversaciones intervenidas, pero además que carecen de eficacia probatoria todas las otras fuentes de prueba que se deriven de la intervención, tanto directa como indirectamente. Se trata de la aplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial (en adelante LOPJ)²⁶. Por el contrario, si lo vulnerado es requisito

²⁴ Ver SSTEDH de 6 de septiembre de 1978 asunto Klass, de 30 de julio de 1998 asunto Valenzuela Contreras contra España, de 18 de febrero de 2003 asunto Prado Bugallo contra España.

²⁵ Montero Aroca, J., (AAVV), Derecho Jurisdiccional III Proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 241 y 242.

²⁶ “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”

de legalidad ordinaria, la fuente de prueba obtenida será nula (art. 238 LOPJ)²⁷, pero los hechos conocidos por la intervención podrán ser acreditados por los demás medios de prueba, aparte de que la nulidad no se extiende a las fuentes de prueba obtenidas de modo indirecto de la intervención”²⁸. Por ejemplo, un caso en el que las transcripciones de las conversaciones telefónicas que se han incorporado a la causa adolecen del cotejo del Letrado de la Administración de Justicia (en adelante LAJ). Así, las transcripciones no tendrán valor probatorio, sin embargo, su contenido se puede advenir en el acto de la vista oral, con la audición de las grabaciones, las cuales son válidas.

1.1. Requisitos Constitucionales

1.1.1. Exclusividad jurisdiccional y resolución judicial motivada

Este primer requisito se traduce en la imposibilidad de limitar el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas por un órgano que no ostente potestad jurisdiccional, en otras palabras, es necesario que la limitación del derecho fundamental sea decretada por un órgano jurisdiccional. Este requisito se recoge en el art. 588 bis c) LECrim, con carácter de disposición común a la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; y el art. 588 ter d) LECrim que regula la solicitud de autorización judicial para las intervenciones telefónicas en concreto.

La LECrim establece que será el Juez de instrucción el que autorice o deniegue la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas a través de auto motivado y oído el Ministerio Fiscal.

Íntimamente relacionado con el requisito anterior se contempla la necesidad de que sea el juez instructor competente el que, mediante auto motivado, acuerde la medida de intervención telefónica; como se ha dicho anteriormente, la solicitud se hará bien a instancia del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial, también podrá adoptarse de oficio por el juez instructor. Se trata de uno de los requisitos más importantes ya que, sin la

²⁷ “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1º. Cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o competencia objetiva o funcional. 2º. Cuando se realicen bajo violencia o intimidación. 3º. Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. 4º. Cuando se realcen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley establezca como preceptiva. 5º. Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del letrado de la administración de justicia. 6º. En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.”

²⁸ Montero Aroca, J., (AAVV), Derecho Jurisdiccional III (...), op. cit., pág. 228.

resolución judicial, la intervención de las comunicaciones telefónicas de una persona sería ilícita, y se estaría vulnerando un derecho fundamental sin ningún tipo de justificación.

Es importante diferenciar la solicitud de la adopción de la medida de intervención telefónica, que es la petición hecha a la autoridad judicial por parte de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, de la propia resolución judicial motivada, es decir, la que autoriza o deniega la medida. El art. 588 ter d) LECrim recoge los requisitos que debe observar la solicitud de adopción de la medida de intervención telefónica, haciendo remisión al art. 588 bis b) LECrim, que contempla los requisitos para la solicitud de medidas de investigación tecnológica; y el art. 588 bis c) recoge los extremos que debe contener la resolución judicial.

De lo dicho se desprende qué para solicitar la adopción la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, los requisitos exigidos son: *“la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de la intervención o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación que se trate”*. La medida de intervención tendrá una extensión determinada por la propia solicitud de autorización en la que se expresará el registro y la grabación de la comunicación, la localización geográfica del origen y destino y el conocimiento de otros datos de tráfico de valor añadido de la comunicación. Cuando las investigaciones tengan por objeto la averiguación de delitos relacionados con la actividad de bandas armadas o elementos terroristas, la medida de intervención telefónica puede adoptarse con carácter urgente y ser ordenada por el Ministro del Interior, o en su defecto, por el Secretario de Estado de Seguridad, siendo comunicado inmediatamente al Juez competente quien, de forma motivada, revocará o confirmará la decisión. Además, se deberá describir el hecho que es objeto de la investigación, así como la identidad del investigado o cualquier otra persona afectada por la medida, una relación detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, su forma de ejecución y la unidad investigadora de la Policía Judicial que la llevará a cabo.

Respecto a la resolución judicial, el Juez tendrá veinticuatro horas para autorizar o denegar la medida que se ha solicitado, oído el Ministerio Fiscal, pudiendo solicitar una aclaración o ampliación de la solicitud, si así lo considerase. También deberá concretarse el hecho objeto de la investigación y su calificación jurídica. Como contenido importante del auto motivado, será requisito indispensable la duración limitada de la medida, y a

pesar de que, la propia CE no establece un plazo determinado, para la injerencia, en la regulación del derecho fundamental de secreto de las comunicaciones, el art. 579 LECrim, sí que limita la duración de la medida de intervención telefónica a tres meses, prorrogable por periodos de la misma duración, con el límite máximo de dieciocho meses.

Por último, aunque la jurisprudencia haya admitido hasta la reforma de la LECrim de 2015, la posibilidad de utilizar modelos impresos como solicitud de esta medida, lo cierto es que a partir de la misma es imposible su utilización, siendo necesaria una debida motivación. Por lo que se refiere a la resolución judicial, tampoco podrá utilizarse la denominada “motivación por remisión”, también utilizada hasta la reforma de 2015, en la que la motivación del auto hacía referencia a las razones expuestas por la Policía Judicial o el Fiscal en la solicitud de la medida. La motivación necesaria exigida por la LECrim para que la resolución judicial sea conforme a derecho tiene que contar con la presencia de hechos concretos que justifiquen la injerencia de un derecho fundamental, así como indicios de que se ha cometido un delito, excluyendo las conjeturas o sospechas. Con todo ello, la LECrim impone un deber de colaboración a las empresas que prestan servicios de telecomunicación, con el único fin de que faciliten el acceso a las comunicaciones de forma secreta, pudiendo, en caso contrario, incurrir en un delito de desobediencia (art. 588 ter e).

1.1.2. La prohibición del exceso en el uso de la medida

Este requisito se desdobra en la necesidad y la proporcionalidad en la adopción de la medida.

En primer lugar, la necesidad de la medida de intervención telefónica ha de ser entendida como el único medio por el que los investigadores averiguan la perpetración de un delito y además no exista otro medio de investigación menos agresivo con el que se pueda obtener la finalidad perseguida. El legislador ha introducido este requisito en el texto legal criminal, concretamente en el art. 588 bis a), apartado 5, pero lo cierto es que no constituye una novedad en la práctica jurídica, puesto que se trata de un requisito que se ha plasmado en los pronunciamientos de los tribunales hasta la fecha, y evidentemente su elaboración es jurisprudencial.

En segundo lugar, el principio de proporcionalidad como requisito de la resolución judicial, incluido en la reforma de 2015 en el art. 588 ter a) LECrim. Los tribunales se han referido al principio de proporcionalidad en aquellas sentencias que resuelven los

procesos penales en los que se había adoptado, durante la fase de instrucción, la medida de intervención telefónica, ya que la concurrencia de este requisito es indispensable para la adopción de cualquier medida de carácter coercitivo, puesto que estas suponen una injerencia en los derechos fundamentales. En este sentido se pronuncia una sentencia de Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección sexta, *“en el oficio policial (...) sobre el que se basó el auto que acordó las primeras intervenciones, solo se exponían meras conjeturas y suposiciones. Adolecía de los elementos objetivos necesarios para fundamentar la solicitud de intervención telefónica. (...) la medida restrictiva del derecho fundamental del art. 18.3 CE no podía considerarse proporcional y por tanto que la resolución era nula de pleno derecho”*²⁹.

La novedad introducida por la reforma de la LECrim de 2015 hace referencia a la objetividad de este principio ya que, el art. 579 contiene una relación de delitos que deben ser objeto de la investigación, limitando así el ámbito de actuación de la medida de intervención telefónica. La legislación española, hasta este momento, había permanecido en silencio, al contrario de otros ordenamientos jurídicos en los que, sí se regula una relación de delitos que podían ser objeto de la medida de intervención telefónica. Ha sido la jurisprudencia del TC y TS, en el ordenamiento jurídico procesal, la que ha interpretado esta materia, exigiendo que debían de tratarse de delitos graves o muy graves, en coherencia con la pena prevista y la alarma social que pudieran causar.

1.1.3. Especialidad

La finalidad de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas es la investigación de uno o varios delitos, y, en consecuencia, la detención de los responsables de su comisión. La conexión entre el delito investigado y el sujeto o sujetos afectado por la medida es precisamente, el presupuesto habilitante de la intervención telefónica. No se admite la utilización de esta diligencia de investigación como medio para prevenir o descubrir un acto ilícito, o bien para despejar una sospecha y mucho menos, autorizar la injerencia del derecho al secreto de las comunicaciones sin mayor motivación que esa simple sospecha, siendo exigible concretar el fin del objeto de la intervención telefónica y que éste no sea rebasado (SSTS 818/2011, de 21 de julio y 372/2010, de 29 de abril).

El art. 588 bis a) LECrim, en su apartado segundo, recoge requisito de la especialidad como principio rector exigido por la LECrim al que debe sujetarse la

²⁹ SAP 337/2016, de 22 de julio, FJ primero.

autorización judicial dictada por el juez competente, en relación con la intervención de las comunicaciones telefónicas.

En el supuesto de que durante la investigación de un delito se adopte una medida de intervención telefónica, y como consecuencia, se descubra otro delito distinto al que motivó la adopción de la medida de intervención telefónica, en virtud del principio de especialidad se produce la necesidad de solicitar al juez instructor competente una ampliación del auto, o en su caso un nuevo auto, que permita la investigación de ese delito casual. El TS se ha pronunciado sobre los hallazgos casuales, afirmando que *“exige que cuando en el marco de una investigación con intervención telefónica en averiguación de un delito, aparece otro diferente, de acuerdo con el “principio de especialidad delictiva” en la investigación debe comunicarse el hallazgo al Juez instructor y éste ampliar la investigación al nuevo delito sin que se exija la formalidad de dictar nuevo auto, de intervenciones telefónicas”*³⁰.

Los hallazgos casuales, regulados en el art. 588 bis i) LECrim³¹, tienen estrecha relación con este principio, ya que, como se ha dicho, no puede existir total libertad para la investigación de un delito y, mucho menos, justificar la causa penal en un indicio o sospecha de la comisión de un hecho delictivo descubierto en una intervención telefónica no autorizada para la investigación de ese hecho delictivo. En palabras de LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ los hallazgos casuales son: *“los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación penal para la que se autoriza dicha medida, y/o afectan -o provienen- de personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubiera podido ordenarse frente a ellas según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos”*³².

³⁰ STS 291/2014, de 14 de marzo.

³¹ *“el uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los descubrimientos casuales se regularán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 579 bis”*. La remisión al art. 579 bis LECrim, hace referencia a lo que sigue, *“(…) 2. A tal efecto, se procederá a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen. 3. La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual, éste comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento”*.

³² López-Fragoso Álvarez, T., Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal, en Derechos y Libertades, revista del Instituto Bartolomé de las Casas, nº 2, 1993, pág. 82 y 83.

1.1.4. Contradicción y protección de terceros

Este requisito está previsto en el art. 588 ter i), apartados primero y segundo, y viene a determinar la posibilidad de las partes de acceder a las grabaciones y sus transcripciones una vez alzado el secreto del sumario y concluido el plazo de vigencia de la medida de intervención telefónica. También se permite que, una vez examinadas las grabaciones, las partes personadas en el proceso penal, puedan solicitar la inclusión de aquellas comunicaciones que han sido excluidas, siendo el Juez instructor el que decida finalmente sobre la incorporación a la causa penal de lo solicitado. La entrega de las grabaciones y las transcripciones a las partes se realizará salvaguardando aquellos aspectos de la vida privada de las mismas.

El apartado tercero del mencionado artículo prevé que el Juez tiene que notificar a las terceras personas intervinientes en las comunicaciones que han sido objeto de la intervención, y por supuesto, las que resulten afectadas, pudiendo solicitar copia de las grabaciones o transcripciones, salvaguardando la intimidad del resto de intervinientes.

1.2. Requisitos de legalidad ordinaria

1.2.1. Control judicial

A diferencia de los requisitos constitucionales, los requisitos de legalidad ordinaria afectan al proceso en sí mismo, en su fase de instrucción, y son los que van a determinar cómo se practica la prueba en la fase de juicio oral. Pues bien, el control judicial es aquel practicado por el juez cuando da las instrucciones necesarias a la Policía Judicial de cómo va a realizarse la medida de intervención telefónica. Por tanto, “no se trata de que el Juez controle a la Policía Judicial en una actividad propia de ésta, sino de que aquél se auxilie de ésta”³³.

Su regulación se encuentra en el art. 588 ter f), precepto que obliga a la Policía Judicial a poner a disposición del Juez las grabaciones íntegras, así como las transcripciones relevantes de determinados fragmentos, siempre garantizando su autenticidad.

³³ Montero Aroca, J., (AAVV), Derecho Jurisdiccional III (...), op. cit., pág. 254.

1.2.2. Selección de las conversaciones

Este requisito se basa en el deber del Juez instructor de discernir, de todas las grabaciones que se le han entregado por la Policía Judicial, aquellas que sean relevantes para la causa. El juez instructor debe excluir de las grabaciones obtenidas aquellas en las que intervengan personas que no son objeto de la investigación, salvo que, estas personas tengan alguna relación de colaboración con la persona o personas investigadas, o bien utilizan la información para su transmisión, así como, aquellas grabaciones que no tienen relación con los hechos que se están investigando. Se garantiza así, el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de aquellas personas que, por determinadas razones, intervengan en el proceso de comunicación que está siendo intervenido, pero que no tengan ninguna responsabilidad en el posible delito cometido.

1.2.3. Necesidad de oír en el juicio oral lo gravado

Este requisito, al igual que el anterior, no se encuentra regulado de forma expresa en la LECrim, puesto que se ha dicho, son requisitos asociados al proceso en sí mismo; no obstante, son premisas que deben ser cumplidas por el órgano jurisdiccional competente.

Mas adelante se analizará, de forma breve, la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas como prueba en el proceso penal. Aquí, cabe destacar, que es posible que el contenido de la intervención telefónica presente en el mismo, por lo que, en estos casos, su práctica en el juicio oral se centra en la escucha de las grabaciones que han sido unidas a la causa previa selección por parte del Juez instructor y en su caso las partes; distinto sería cuando concurren además de las escuchas telefónicas, otros medios de prueba, en este caso, no siempre se procede a la escucha de las grabaciones, sino que se aportan como prueba documental, salvo que alguna de las partes en el proceso penal pida expresamente que se sean oídas.

1.3.Datos electrónicos de tráfico o asociados

Finalmente, deben tenerse en cuenta las disposiciones técnicas que facilitan el acceso, la utilización y archivo de las conversaciones grabadas, en consonancia con el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a

las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, en relación con la Ley 9/2014, de 4 de mayo, General de telecomunicaciones³⁴.

El art. 588 ter b) LECrim, en su apartado tercero, contiene una definición de los datos electrónicos de tráfico o asociados, “*todos aquellos que se generan como consecuencia de la conducción de la comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, de su puesta a disposición del usuario, así como de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o comunicación telemática de naturaleza análoga*”.

El mencionado artículo dispone que los medios que habitualmente utiliza el investigado son los que deben ser objeto de la intervención, y no otros. El ámbito de intervención será entonces, el medio o terminal del investigado, así como los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación. Por ello, como se ha mencionado, la resolución judicial que autoriza la medida de intervención telefónica debe especificar qué es lo que se acuerda, por ejemplo: la intervención, observación, grabación y escuchas telefónicas; a través de qué sistema, de un determinado número de teléfono o en su caso del IMEI asociado al teléfono del investigado, y muy importante, el tiempo por el que se acuerda la medida.

TERCERA PARTE

1. La válida aportación al proceso penal de los resultados obtenidos de la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Las intervenciones telefónicas como prueba en el proceso penal requieren del cumplimiento de determinadas premisas para considerarse válidas y, sensu contrario, aquella prueba que omita cualquiera de ellas, será ilícita.

La LOPJ contiene una garantía procesal en esta materia, el art. 11.1: “*en todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. Esta garantía recoge una sanción en relación con la obtención de la

³⁴ Montero Aroca, J., (AAVV), Derecho Jurisdiccional III (...), op. cit., pág. 256.

prueba, su invalidez en el proceso, no obstante, se dan una serie de excepciones a este efecto de invalidez, que se estudiarán más adelante. Así, la obtención directa de la prueba a través de la vulneración del derecho fundamental protegido no tiene ninguna validez en el proceso, pero también se extiende a la obtención de una prueba derivada de la principal, ya que, “incorpora la eficacia refleja o efecto expansivo contaminante de las pruebas derivadas de una injerencia ilícita en su origen, a saber, la expulsión de dichas pruebas y su invalidez. Este efecto se produce exclusivamente porque esta norma así lo ha regulado, pues las pruebas derivadas intrínsecamente son válidas, si no fuera por un mandato de este tipo que reconoce la conexión ilícita entre lo originario y lo derivado”³⁵. El derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el art. 24.2 CE, está relacionado con el precepto más arriba mencionado, ya que manifiesta que “*todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...)*”.

1.1. Medios de prueba a través de los cuales se puede introducir en el juicio oral los resultados obtenidos en las intervenciones telefónicas

La materialización de las pruebas obtenidas en las intervenciones telefónicas se traduce en las conversaciones grabadas y sus transcripciones; y será en el juicio oral, donde se practique la prueba y se pueda conocer el contenido de lo obtenido, a través de los distintos medios de prueba: documental, pericial y testifical.

Respecto a la prueba documental³⁶, se traduce en la aportación de las transcripciones de las conversaciones telefónicas hechas por la Policía Judicial, donde es el LAJ, quien coteja la autenticidad de esas transcripciones; si no se hubieran realizado las transcripciones, el LAJ puede recibir las grabaciones en soporte digital y ser él mismo quien realice las transcripciones. La intervención del LAJ como fedatario público otorga a las transcripciones la validez de documento público³⁷. El empleo de este medio de prueba ha sido objeto de discrepancia en la doctrina, para LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, “el medio de prueba puede consistir, bien en una prueba documental (utilización de las transcripciones), bien en una inspección ocular (audición de las

³⁵ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida, en La prueba, Tomo II, La prueba en el proceso penal, capítulo V, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 pág. 59

³⁶ Prevista en los arts. 726 y 727 LECrim

³⁷ En virtud de lo establecido en el art. 317 LEC: “*a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: 1º. Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los secretarios judiciales*”. (El término “secretarios judiciales” ha sido sustituido por el de “Letrado de la administración de justicia”, por la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ).

grabaciones), bien en ambos medios de prueba (utilización de las transcripciones como complementaria a la audición de grabaciones, o viceversa)”³⁸. Por el contrario, MONTERO AROCA afirma que el medio que ha de utilizarse para la introducción de los resultados de las intervenciones telefónicas en el juicio oral es el de reconocimiento judicial, en las formas de representación no escritas, “tratándose de las formas de representación de la imagen y el sonido, el sistema procedimental de la práctica de la prueba documental, que como vemos es casi inexistente, no puede ser aplicable. No puede serlo en el procedimiento escrito, pero es totalmente inadmisibile en el procedimiento oral; sin oír la cinta magnetofónica o el casete y sin ver la película no existe práctica de la prueba”³⁹.

Amplia jurisprudencia del TC y del TS, sin embargo, avala la validez de la aportación al proceso penal de los resultados obtenidos de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, a través de la prueba documental. Por ejemplo, el TS en su sentencia 506/2013, de 22 de mayo, afirma que “*las grabaciones telefónicas tienen la consideración de prueba documental (documento fonográfico) por lo que pueden incorporarse al proceso como prueba documental, aunque la utilización de tal medio probatorio en el juicio puede hacerse, claro está, de maneras distintas*”. El TC por su parte, se pronuncia en su sentencia 26/2010, de 27 de abril, señalando que en la práctica ese problema se resuelve, mayoritariamente, a través de la prueba documental⁴⁰.

En cuanto a la prueba testifical⁴¹, la jurisprudencia ha considerado que los resultados obtenidos a través de las intervenciones telefónicas pueden ser, en determinados supuestos, introducidos en el juicio oral a través de la prueba testifical, por ejemplo, con “*las declaraciones testificales de los funcionarios de la Policía Judicial que escucharon conversaciones intervenidas*”⁴². Así la STC 121/1998, de 15 de junio “*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*” y la STS 265/2007, de 9 de abril “*otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical prestada en el mismo por los*

³⁸ López-Fragoso Álvarez, T., Las intervenciones telefónicas (...), op. cit., pág. 109 y 112.

³⁹ Montero Aroca, J., La intervención de las comunicaciones (...), op. cit., pág. 286 y 287.

⁴⁰ Casanova Martí, R., Las intervenciones telefónicas (...), op. cit., pág. 307 y 308.

⁴¹ Regulada en los arts. 701 a 722 LECrim.

⁴² Casanova Martí, R., Las intervenciones telefónicas (...), op. cit., pág. 311.

funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (esto es, las conversaciones)”.

Con respecto a la prueba pericial⁴³, “en ocasiones puede que se ponga en duda la autenticidad de las voces registradas en las conversaciones telefónicas denunciándose que la voz grabada no se corresponde con la del acusado⁴⁴” (ahora, encausado). Por este motivo, es necesario que, una vez haya finalizado la medida de intervención telefónica y se haya alzado el secreto del sumario, el investigado debe poder reconocer si ha participado o no en el proceso comunicativo intervenido. No obstante, no es requisito indispensable que se avale la validez de las intervenciones telefónicas a través de un informe pericial que contraste la voz registrada en la conversación intervenida con la voz del encausado; así lo entiende el TS en la sentencia 940/2011, de 27 de septiembre, donde reconoce que “no debe olvidarse que la identificación de la voz de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes”.

Y, por último, haciendo remisión al “requisito de la necesidad de oír en el juicio oral lo gravado”, ya estudiado, la jurisprudencia del TC y TS concluye que, en el acto del juicio oral, la audición de las conversaciones telefónicas objeto de la intervención o la lectura de las transcripciones, “no son necesarias para la validez de las intervenciones telefónicas como prueba, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías”⁴⁵.

2. Breve análisis de la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en materia de intervenciones telefónicas

Como se ha comentado anteriormente, antes de la regulación legal de las intervenciones telefónicas introducida por la reforma operada en la LECrim por la LO 13/2015⁴⁶, ya se contemplaba una escasa regulación en el art. 579 LECrim. Debido a esta insuficiencia legal, era la jurisprudencia del TC y del TS la que, a través de sus pronunciamientos, suplía la ausencia de regulación relativa a las intervenciones telefónicas en la LECrim, llegando incluso a sentar doctrina sobre la materia que, como

⁴³ Regulada en los arts. 723 a 725 LECrim.

⁴⁴ Casanova Martí, R, Las intervenciones telefónicas (...), op. cit., pág. 311

⁴⁵ Ídem pág. 315.

⁴⁶ Hay que recordar que dicha ley modifica la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

se verá a continuación, han sufrido modificaciones como consecuencia de la evolución del criterio jurisprudencial de los Tribunales.

Antes de que en el ordenamiento procesal español se regulara la prueba prohibida⁴⁷, se consideraba inherente al estado de derecho que en un proceso penal se protegieran los derechos fundamentales, de forma que, cualquier acto que los vulnerara carecía de eficacia procesal. Siguiendo a GÓMEZ COLOMER “valorar judicialmente en el proceso una prueba prohibida, significa llanamente que se están ignorando las garantías constitucionales sobre las que se sustenta el propio proceso, particularmente el proceso penal, es decir, que se está atacando directamente el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, o principio del proceso debido, equitativo o justo”⁴⁸.

Se contaba con una serie de normas aisladas en las que, se prohibía la obtención de pruebas cuando para ello se vulneraba algún derecho fundamental recogido en la CE; no obstante, se evidenciaba una problemática puesto que, se trataba de ponderar la necesidad de hallar la verdad material con la ilicitud en la obtención de la prueba. Esta ausencia de regulación no solo la padecía el ordenamiento jurídico español, sino que otros ordenamientos jurídicos también carecían de ella.

El TC afirma que el derecho fundamental a la prueba no es un derecho absoluto, y que su límite se encuentra precisamente en el respeto al resto de derechos fundamentales protegidos y en su licitud; además, en la STC 31/1981, de 28 de julio, se reitera, que para desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que la prueba de cargo practicada se haya obtenido respetando las garantías procesales establecidas, de lo contrario, si la prueba ha sido obtenida ilícitamente, y se valora en el proceso, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

2.1. El reconocimiento constitucional y legal de la Teoría de la prueba prohibida.

En el año 1984, el TC dicta la primera sentencia en materia de prueba prohibida⁴⁹; la resolución destaca “*la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos*

⁴⁷ Es aquella prueba que se ha obtenido vulnerando un derecho fundamental, por lo que, no podrá ser considerada válida para el proceso y, como consecuencia, deberá ser excluida del mismo.

⁴⁸ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida (...), op. cit., pág. 369.

⁴⁹ STC 114/1984, de 29 de noviembre, en este proceso se discute el caso de un trabajador de un periódico que es despedido por haber hecho determinadas manifestaciones en una conversación que se utilizó como prueba, en el proceso laboral de despido. El recurrente despedido alegó ante el TC que se vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE y la conculcación del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, y denegando el recurso de amparo por el TC.

casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originalmente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos”.

Un año después, se promulga la LOPJ y con ella, la redacción del art. 11.1, manifestando que “(...) *no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. Un sector doctrinal considera que el legislador pretendía recopilar la doctrina sentada por el TC en su sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, en la que afirma que, “*todo lo obtenido a través de un medio de prueba que vulnere directamente un derecho fundamental será ineficaz*”; por el contrario, la doctrina mayoritaria entiende que la LOPJ acoge la Teoría de la prueba prohibida, también denominada, la Teoría de los frutos del árbol envenenado, significando, en líneas generales, que las pruebas obtenidas a través de la vulneración de un derecho fundamental, no tendrán validez y tampoco podrán destruir la presunción de inocencia. Así, la STS 364/2013, de 25 de abril, distingue entre el “efecto directo” en el que “no podrán ser valoradas aquellas pruebas cuyo contenido derive directamente de la violación constitucional (por ejemplo, en el caso de declararse la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones, de forma directa no puede valorarse el contenido de la intervención telefónica)”; y el “efecto indirecto” que supone “la imposibilidad también de valorar todo el resultado probatorio válidamente obtenido pero que el origen es ilícito”⁵⁰.

El TC ha considerado la regulación del art. 11.1 LOPJ como, de hecho, el aspecto más garantista de la Teoría de la prueba prohibida, puesto que: las pruebas que se hayan obtenido vulnerando algún derecho fundamental, de forma directa, son ineficaces en el proceso; y, las pruebas que lo hayan hecho de forma indirecta tampoco surtirán efectos en el proceso; esto es lo que se denomina eficacia refleja de la prueba prohibida o fruto del árbol envenenado. Respecto a la obtención de la prueba, dice el TC, es indiferente quien la haya conseguido, el momento procesal y el tipo de proceso penal, y, por último, si la prueba es prohibida, queda excluida del proceso penal. Sin embargo, la STC 64/1986,

⁵⁰ Casanova Martí, R, Las intervenciones telefónicas (...), op. cit., pág. 319.

de 21 de mayo⁵¹, matiza la doctrina sentada en la sentencia 114/1984, y afirma que la Teoría de la prueba prohibida “ *se aplica a la vulneración de derechos fundamentales que se cometa al obtener tales pruebas, pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues respecto de estos últimos momentos los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de la indefensión*”. Esta precisión hecha por el TC es una cuestión muy discutida ya que, no siempre la prueba prohibida tiene que producirse en la fase de investigación del proceso penal, aunque sea lo más frecuente. No hay que olvidar que en la fase de juicio oral se puede vulnerar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (véase por ejemplo si el Tribunal no respeta la contradicción entre las partes, o no les permite la igualdad de armas, a fin de cuentas, utilizar las mismas posibilidades procesales).

2.2. La doctrina de la Eficacia refleja de la prueba prohibida o “Teoría de los frutos del árbol envenenado”.

El ordenamiento jurídico procesal español sienta la doctrina de la Eficacia refleja de la prueba prohibida en la STC 85/1994, de 14 de marzo, convirtiéndose en un ordenamiento jurídico, todavía, más proteccionista, desde su reconocimiento constitucional en el año 1984, y posteriormente, su reconocimiento por la LOPJ⁵². Esta sentencia es muy relevante para el presente trabajo, ya que, en la investigación de la causa penal en la que se pronunció la sentencia, se practica una intervención telefónica autorizada a través de providencia, es decir, una resolución no motivada; de la intervención telefónica, la Policía Judicial descubre que una menor iba a recoger del domicilio de los investigados un paquete, que deducen será droga, lo que hace que los agentes sospechen de la posible comisión de un delito contra la salud pública⁵³.

El Tribunal resuelve considerando que, no solo se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas de los condenados, sino que nunca debió utilizarse el resultado obtenido de las escuchas telefónicas como prueba en el proceso

⁵¹ En este proceso, una persona resulta condenada por la comisión de un delito de prostitución, en base a declaraciones sumariales de cuatro testigos que, el día del juicio oral, no comparecieron. El condenado, recurre ante el TC en amparo, porque las pruebas obtenidas vulneran la CE.

⁵² Cabe resaltar aquí que ya el TEDH había dictado la sentencia en el caso Schenk (STEDH de 12 de julio de 1988), donde se había pronunciado acerca de que, la admisión de una prueba ilícita en el proceso, para luego practicarla, no implica necesariamente la vulneración del derecho al proceso justo (art. 6 CEDH). Por lo que, no deja de sorprender que, a pesar del pronunciamiento del Tribunal, el ordenamiento español afine su proteccionismo en esta materia.

⁵³ Estos delitos se encuentran regulados en los arts. 369 y ss. del Código Penal. En este caso, se trataba de tráfico de estupefacientes.

penal, pues su obtención había sido ilícita debido, a la falta de motivación de la resolución judicial, por lo que, se absuelve a los condenados.

En esta sentencia, “se determinan claramente los efectos de la estimación de la demanda de amparo en un caso de prueba prohibida, pues no sólo se excluye la prueba del proceso (en este caso la conversación telefónica ilegal), sino también la que es su consecuencia (aquí la prueba indiciaria, a saber, la ocupación de droga a la menor de edad), anulando el Tribunal Constitucional las dos sentencias impugnadas, la de la Audiencia Provincial y la del Tribunal Supremo, o lo que es lo mismo, materialmente ello supuso la libre absolución de los condenados”⁵⁴.

2.2.1. Origen anglosajón de la teoría y su incorporación a nuestro ordenamiento

El origen de esta teoría se encuentra en el Derecho anglosajón, surgió en el caso *Silverthorne Lumber Company contra Estados Unidos*, del 26 de enero de 1920, en el que dos personas fueron detenidas por la policía como consecuencia de un registro ilegal de los libros contables de la empresa. El Tribunal Supremo de Estados Unidos dictó una resolución en la que aplica esta doctrina, pero sin aún denominarla expresamente. En la sentencia del caso *Nardone contra Estados Unidos*, de 11 de diciembre de 1939, el Tribunal sí hace referencia al término “Teoría de los frutos del árbol envenenado”, en el que se intervinieron las comunicaciones telefónicas a un contrabandista de alcohol, dando la oportunidad a los acusados de demostrar que, una parte de la prueba en la que se basaba su acusación era fruto del árbol envenenado.

La Teoría de los frutos del árbol envenenado afirma que, “la prohibición de valoración alcanza tanto a la prueba en cuya obtención se ha vulnerado un derecho fundamental como a aquellas otras que, habiéndose obtenido de forma lícita, se basan, apoyan y derivan de la ilícita, pues sólo de este modo se asegura que esta prueba no produzca efecto alguno en el proceso. La razón esencial de la mencionada doctrina se halla en que no tiene ningún sentido prohibir el uso directo de los medios probatorios ilícitos y, al mismo tiempo, permitir su aprovechamiento indirecto a través de las pruebas derivadas de la viciada de nulidad. Ello vaciaría de contenido efectivo la norma del art. 11.1 LOPJ, dado que el uso de pruebas inconstitucionales acaba indirectamente teniendo efecto”⁵⁵. La terminología utilizada realiza una comparación de un árbol envenenado con

⁵⁴ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), *Prueba Prohibida (...)*, op. cit., pág. 380.

⁵⁵ Casanova Martí, R, *Las intervenciones telefónicas (...)*, op. cit., pág. 322.

la prueba ilícita y los frutos de ese árbol que, también están envenenados, son las pruebas derivadas de la prueba principal, que también son ilícitas.

La STC 85/1994, de 14 de marzo, como se ha dicho, es la que introduce en el sistema procesal penal la doctrina de la Eficacia refleja de la prueba prohibida o Teoría de los frutos del árbol envenenado, aunque en esta resolución no se menciona de forma expresa. Es el Auto del TC 155/1999, el que recoge esta terminología extranjera en la práctica judicial; aunque el TS ya la habría utilizado unos años antes⁵⁶.

La jurisprudencia del TC y del TS ha aplicado esta teoría en sus pronunciamientos, que como se verá, a lo largo del tiempo ha experimentado una importante evolución.

2.2.2. Límites a la teoría en la jurisprudencia española

La jurisprudencia española comienza a poner atención en la principal consecuencia de la aplicación práctica de la doctrina de los frutos del árbol prohibido: son muchos los autores de delitos muy graves que quedan en libertad, lo que, en ocasiones, genera inseguridad y alarma social. Como consecuencia, comienza una etapa de búsqueda de razones que motiven la posibilidad de que “no todas las pruebas derivadas o existentes en el proceso, además de la verdaderamente ilícita, fuesen fruto del árbol envenenado”⁵⁷. Se intentó poner solución con la regulación jurisprudencial estableciendo tres criterios restrictivos o excepciones, aunque tampoco resultó ser ninguna novedad, puesto que el Derecho anglosajón ya los regulaba.

El primer criterio limitativo, elaborado por el TC, se denominó “excepción de prueba jurídicamente independiente”, y lo recoge en su sentencia 86/1995, de 6 de junio. Los recurrentes habían sido condenados como autores de un delito de tráfico de drogas, en base a unas intervenciones telefónicas que se habían practicado sin la debida resolución judicial. El TC reconoce la expresa vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas de los acusados, sin embargo, desestimó el recurso de amparo por considerar que existían pruebas independientes a la prueba de cargo, que era la intervención telefónica; una de las pruebas era la confesión de uno de los acusados. Esto no significó que el TC negase toda su doctrina anterior, ya que, los resultados obtenidos

⁵⁶ STS 814/1992, de 7 de abril, “al respecto, y dentro de la constitucionalidad de la prueba, puede decirse: (...) c) que la doctrina de “los efectos reflejos de la prueba ilegítimamente obtenida” o de lo que se ha denominado “frutos del árbol envenenado” ha de ser entendida en sus términos más exactos y justos cuando de nulidad absoluta se trate, no en los casos de anulabilidad o nulidad relativa”.

⁵⁷ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida (...), op. cit., pág. 383.

a través de la intervención telefónica ilícita son prueba prohibida, y como consecuencia, no pueden ser utilizados en el proceso penal, sino que, esta sentencia, “limita la eficacia refleja y reduce sustancialmente el garantismo que con la doctrina sobre la prueba prohibida hasta ahora seguida y aplicada en la práctica se pretendía conseguir, si existe una prueba independiente de aquellos resultados probatorios ilegalmente obtenidos, prueba que es legal, esa prueba sí permite valorar los hechos y si es de cargo, es suficiente para destruir la presunción de inocencia. En consecuencia, todo el proceso no queda contaminado, no se produce la nulidad radical de la sentencia y, por tanto, en definitiva, el proceso es válido (...)”⁵⁸.

También la STC 54/1996, de 26 de marzo, se pronunció en el sentido del criterio de la excepción de prueba independiente, declarando la ilicitud de las pruebas obtenidas a través de las escuchas telefónicas ilegales, pero no siendo suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia, ya que existía una prueba testifical de cargo que era independiente y la declaración del acusado reconociendo uno de los hechos.

En la aplicación de esta excepción de prueba independiente se plantea el problema de calificación en la independencia de la prueba, es decir, dependerá del caso concreto calificar una prueba de independiente de la prueba principal, o bien, calificarla como derivada de esta.

El segundo criterio es la “excepción del descubrimiento inevitable”, elaborado en este caso por el TS, en su sentencia 974/1997, de 4 de julio, en la que se recogen los resultados probatorios directos de una intervención telefónica en la que, no se cumplieron los requisitos necesarios para su validez, y que apuntaban a un delito de tráfico de drogas. El TS consideró que *“el efecto expansivo de la prueba ilícita aparece limitado conforme a la doctrina del descubrimiento inevitable. En efecto consta acreditado, a través de la prueba testifical debidamente practicada en el acto del juicio oral, que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento, anterior incluso al inicio de la intervención telefónica, realizado por un conjunto de Agentes de la Policía Autónoma Vasca (...) Es decir, que inevitablemente y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo (...)”*.

⁵⁸ Ídem pág. 385.

El fundamento de la excepción del descubrimiento inevitable reside en que, a pesar de que exista una prueba ilícita, si hay posibilidad de descubrir la posible comisión de un delito a través de otros medios que no estén directamente vinculados a la prueba ilícita o a sus resultados, se hará uso de ese descubrimiento inevitable para limitar la Teoría de los frutos del árbol envenenado. Siguiendo a GÓMEZ COLOMER, “es posible llegar válidamente a una conclusión probatoria, obtenida de manera lícita, de que un hecho ha existido, aunque sea haya conocido ese mismo hecho por la prueba ilícita o por la prueba derivada, que también es ilícita (indirectamente), siempre que la prueba válida sea independiente, es decir, sin conexión causal con la prueba ilícita directa o derivada. Que por la prueba lícita se llegue inevitablemente al conocimiento del hecho delictivo elimina la eficacia refleja de la prueba prohibida, pues permite, según nuestro TS, la condena del acusado”⁵⁹.

Reciente jurisprudencia se ha pronunciado de forma más detallada respecto a la excepción del descubrimiento inevitable; así la STS de 4 de diciembre de 2013 dice “*la llamada doctrina del “fruit of the poisonous tree” (fruto del árbol envenenado) admite una corrección a través de otra teoría, la del “inevitable discovery” (descubrimiento inevitable). Es decir, que cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior (...).* Como ocurre con la primera excepción, el descubrimiento inevitable también plantea la controversia acerca de cómo determinar si el descubrimiento ha sido verdaderamente inevitable, y, además, si se tratan de conjeturas o suposiciones, o, por el contrario, de hechos probados; cuestiones de las que, dependerá la resolución del Tribunal en un sentido condenatorio o absolutorio. Además, ha sido criticado ya que, la presunción de inocencia sólo puede desvirtuarse a través de pruebas lícitas, y es evidente que, si el descubrimiento inevitable se ha conocido a través de una prueba que ha vulnerado algún derecho fundamental, difícilmente puede dejar sin efecto la presunción de inocencia.

Y, por último, el tercer límite jurisprudencial a la Teoría de los frutos del árbol envenenado es la “excepción del hallazgo casual”, elaborado también por el TS, en su sentencia 1313/2000, de 21 de julio. El TS afirma que, si el hallazgo casual es lícito, podrá enervar la presunción de inocencia, aun cuando la prueba principal sea ilícita; en este

⁵⁹ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida (...), op. cit., pág. 389.

caso, se trataba de un delito de tráfico de drogas y la prueba independiente se conoce a través de una intervención telefónica que se llevó a cabo en una causa penal distinta, por lo que, se descubrió de forma accidental. El TS dice *“junto a la tesis de los hallazgos casuales, puede aplicarse al caso que nos ocupa igualmente la teoría del descubrimiento inevitable (...) todo resultado que se hubiera producido, aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición (...)”*. La prueba que se haya obtenido de forma casual será sometida al principio de contradicción, regulado en art. 739 LECrim, en el juicio oral, para poder ser valorada por el Tribunal.

El TS ha interpretado que la excepción del hallazgo casual es una variante de la teoría o excepción del descubrimiento inevitable, lo que permite que la prueba que se ha descubierto de una forma inevitable o casual se convierta en una prueba de cargo válida.

2.3. La transformación de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional: la tendencia anti garantista.

Del análisis hecho con anterioridad respecto a las excepciones a la eficacia refleja de la Teoría de la prueba prohibida, o Teoría de los frutos del árbol envenenado, se puede visualizar la evolución jurisprudencial del criterio garantista inicial hacia un criterio más restrictivo y con una tendencia anti garantista; ha de recordarse la primera sentencia en materia de prueba prohibida, la STC 114/1984, de 29 de noviembre, y posterior STC 85/1994, de 14 de marzo, en la que, se aplica la doctrina de la eficacia refleja de la prueba prohibida.

La modificación del criterio inicial mantenido por el TC tiene lugar, concretamente en el año 1998, donde se confirma una reducción significativa de las garantías previstas hasta ese momento, respecto a la valoración de la prueba prohibida. Se produce una modificación del criterio mantenido, de un lado, se modifican los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la prueba prohibida y, de otro lado, se introducen nuevas excepciones a la doctrina de los frutos del árbol envenenado, que, junto con los criterios limitativos vistos anteriormente, prácticamente anulan la eficacia refleja de la prueba prohibida.

2.3.1. Excepción de la conexión de antijuricidad

El TC en su sentencia 81/1998, de 2 de abril, deniega el recurso de amparo interpuesto por un condenado como autor de un delito contra la salud pública (tráfico de drogas). Durante la fase de investigación de esta causa, se había realizado una intervención telefónica ilícita, es decir, vulnerando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas; no obstante, existían cuatro testigos que eran guardias civiles, además de la droga que había sido incautada en un control policial llevado a cabo por la información obtenida de las escuchas telefónicas. Lo relevante en este caso era, determinar si las pruebas obtenidas como consecuencia de la intervención telefónica ilegal estaban contaminadas por ésta, o si, se podían considerar como pruebas independientes a la prueba ilícita.

La excepción de la conexión de antijuricidad, en palabras de GÓMEZ COLOMER, puede considerarse “una depurada evolución técnica de la teoría de la prueba jurídicamente independiente que ya conocemos, la excepción más importante a la regla de la Eficacia refleja de la prueba ilícita (Teoría de los frutos del árbol envenenado), y la doctrina afirma no sin razón que de hecho esta excepción significa prácticamente la desaparición de la eficacia refleja de la prueba ilícita en el proceso penal”⁶⁰. Además, se trata de una elaboración doctrinal proveniente de la jurisprudencia norteamericana, que hace referencia al ya mencionado “efecto disuasorio”, que es el fundamento de esta excepción.

La STC 81/1998, de 2 de abril, afirma que *“en consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible (...).El problema surge, pues, cuando, tomando en consideración el suceso tal y como ha transcurrido de manera efectiva, la prueba enjuiciada se halla unida a la vulneración del derecho, porque se ha obtenido a partir del conocimiento derivado de ella (...).Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá de*

⁶⁰ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida (...), op. cit., pág. 396.

establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad). En la presencia o ausencia de esta conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones (...)”.

La sentencia mencionada establece unos criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la conexión de antijuricidad, así: la vulneración del derecho fundamental protegido como fundamento de la prueba ilícita, el resultado obtenido de la prueba ilícita, si concurren otros elementos a través de los cuales se hubiera podido obtener los mismos resultados que se obtuvieron a través de la prueba ilícita, la especial consideración del derecho constitucional vulnerado, y, por último, si la vulneración del derecho fundamental protegido fue intencionada, o si por el contrario, fue causa de un error.

También la STS 9/2004, de 19 de enero, acoge la excepción de la conexión de antijuricidad elaborada por el TC, y afirma que *“(...) las mayores dificultades se encuentran a la hora de determinar el alcance de esta ineficacia probatoria con relación a las practicadas con posterioridad y que derivan de esa observación telefónica inconstitucional, ineficacia que ha de alcanzar a todas aquellas otras pruebas que tengan con aquélla la llamada conexión de antijuricidad (...). Como regla general, a la segunda prueba (prueba refleja) ha de extenderse la inconstitucionalidad de la primera con la consecuencia de no poder valorarse como medio de prueba, siempre que exista una conexión natural o relación de causalidad entre ambas. Por excepción, tal prueba refleja puede valorarse como prueba de cargo cuando, pese a existir esa conexión natural, falta lo que el TC denomina conexión de antijuricidad, esto es, cuando, por la valoración de diferentes elementos en juego, puede estimarse jurídicamente independiente esta prueba posterior que, en sí misma considerada, ha de valorarse como lícitamente obtenida y aportada al proceso”*.

Y un ejemplo más reciente, la STS de 14 de marzo de 2014 resume la doctrina sentada hasta este momento en esta materia, estableciendo que *“Es conocido, como la jurisprudencia constitucional ha modulado la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado exigiendo una determinada relación, que va más allá de la causalidad natural, entre la prueba ilícita y la refleja derivada de aquella. Esta será aprovechable*

si no media esa especial vinculación que ha venido a bautizarse con la locución “conexión de antijuricidad”. Para desechar una prueba a causa de su contaminación por provenir de otra ilícitamente obtenida, es necesario que entre las dos se pueda establecer una conexión de antijuricidad que es algo más que el mero juicio hipotético de que la prueba derivada no se hubiere producido de no existir la ilícita”.

Siguiendo a GÓMEZ COLOMER, “la conexión de antijuricidad se funda, pues, en que una prueba derivada lícita, es fruto del árbol envenenado si existe una relación causal entre la prueba independiente y la ilícita (una relación natural entre ellas de manera que la primera se obtenga de la segunda), y si además concurre también una conexión de antijuricidad (las dos pruebas son ilegítimas constitucionalmente)”⁶¹. Por tanto, además de una conexión entre la prueba principal que se considera prueba prohibida y la prueba derivada de ella que por la teoría de la eficacia refleja de la prueba prohibida, también sería ilícita, es necesaria la conexión de antijuricidad, y como explica el TC “*la razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental*”⁶².

A pesar del uso reiterado por la jurisprudencia del TC y TS de esta excepción a la doctrina de la prueba prohibida o Teoría de los frutos del árbol envenenado, el TS ha venido advirtiendo de las posibles desventajas o peligros que puede conllevar este uso, y, de forma clara, lo hace en la STS 160/2003, de 24 de febrero, afirmando que “*En un primer momento, la aplicación del art. 11.1 LOPJ, mediante el que se produjo la recepción en nuestro derecho positivo de la teoría de los frutos del árbol envenenado, dio lugar a una línea jurisprudencial, ya anticipada por la STC 114/1984 (...) que afirmó la prohibición absoluta de valorar las pruebas obtenidas mediante la lesión de un derecho fundamental (...). No se trata, por cierto, de una doctrina abandonada en la actual jurisprudencia, aunque es innegable que la misma se ha visto parcialmente oscurecida a partir de la STC 81/1998 en que por primera vez se incorporó el concepto de conexión de antijuricidad al debate sobre las consecuencias de la ilicitud constitucional de una prueba. Buena prueba de la vigencia de aquella línea doctrinal es que, en aquella Sentencia de esta sala, nº 1203/2002, de 18 de julio, encontramos esta*

⁶¹ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida (...), op. cit., pág. 401.

⁶² STC 184/2003, de 23 de octubre, FJ segundo.

terminante declaración: “la utilización de un hallazgo ilegítimamente obtenido (...) constituye un ejemplo manifiesto de utilización indirecta de una prueba inconstitucionalmente obtenida, vedada por lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ” (...). Esta misma reflexión se encuentra ya, sin duda alguna, en la base del consejo que se da a los tribunales en la ya mencionada sentencia nº 1203/2002, según el cual es necesario manejar con suma precaución la mencionada doctrina “pues, con independencia de su utilidad en supuestos concretos, ha de evitarse que esta fórmula se constituya en una fuente de inseguridad que vacíe de contenido efectivo la disposición legal expresa prevenida en el art. 11.1 LOPJ y nos retrotraiga en esta materia a criterios probatorios ya superados con la aprobación de la LOPJ de 1985”.

Por todo ello, para poder apreciar la excepción de la conexión de antijuricidad habrá que analizar, en el caso concreto, la vulneración del derecho fundamental protegido y su incidencia, considerando que, si no es muy grave, podría no existir esa conexión de antijuricidad (contraria a derecho) entre la prueba obtenida de forma ilícita y los resultados obtenidos, que pudieran conocerse a través de otro medio, por lo que si así fuere, no habría excepción a la teoría de los frutos del árbol envenenado. Eso sí, habrá de tenerse en cuenta la prohibición de la utilización de pruebas que se hayan obtenido vulnerando algún derecho fundamental protegido, contemplada en el art. 11.1 LOPJ.

2.3.2. Excepción de la confesión voluntaria del inculpado

Esta excepción es una manifestación propia del cambio jurisprudencial hacia una línea menos garantista, y a su vez, es una de las dos consecuencias de la ruptura de la conexión de antijuricidad; aunque, antes del pronunciamiento por el TC de la teoría de la conexión de antijuricidad, la confesión voluntaria del inculpado se consideraba como prueba independiente válida en el proceso, pero es en este momento, en el que pasa a ser un supuesto en el que no existe la conexión de antijuricidad.

La excepción de confesión voluntaria del inculpado se recoge en la STC 161/1999, de 27 de septiembre⁶³, y a partir de este momento, el TC afirma que la “confesión voluntaria del inculpado” debilita la presunción de inocencia, por lo que, a pesar de que haya existido una prueba obtenida de forma ilegal, es decir, una prueba prohibida, no

⁶³ Se enjuició un delito contra la salud pública (tráfico de drogas) en el que se encontraron, en un registro domiciliario ilegal (sin autorización judicial), herramientas para preparar la droga y posteriormente venderla, así como la droga. El investigado manifestó expresamente que la droga era suya.

tiene conexión de antijuricidad con la confesión, por lo que, se permite condenar al inculpado, hoy encausado. La sentencia mencionada establece “(...) que el hallazgo de la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada, ni que sobre el hallazgo no se pueda proponer prueba porque haya de operarse como si el mismo no hubiera sucedido. La droga existe, fue hallada, decomisada y analizada. Por ello, la pretensión acusatoria puede fundarse en un relato fáctico que parta de su existencia (...). La declaración del acusado por la que reconocía ser propietario de la droga y demás efectos encontrados en el registro, no resulta, en sí misma, contraria al derecho a la inviolabilidad domiciliaria, ni, por ello, al derecho a un proceso con todas las garantías (...) su declaración admitiendo parcialmente los hechos de la pretensión acusatoria es prueba jurídicamente independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria (...). Por todas estas consideraciones, debemos declarar razonable y justificada la decisión del TS que consideró la declaración del acusado como prueba independiente del acto lesivo de la inviolabilidad domiciliaria, y por ello prueba válida (...) lo que conduce a rechazar la alegada lesión del derecho a la presunción de inocencia”.

Con lo dicho, “en esta sentencia se establece, pues, la doctrina en cuya virtud la confesión voluntaria del inculpado, dados los requisitos establecidos en la misma, rompe la conexión de antijuricidad con la prueba ilícita original. Al ser prueba válida, mediante la confesión voluntaria se incorporan al proceso todos aquellos datos probatorios que habían sido obtenidos de manera contraria a los derechos fundamentales, convalidando de esta manera el acto originario ilícito”⁶⁴. Además, para que la confesión sea válida como prueba y no tenga conexión con la prueba ilícita, deberá acreditarse la concurrencia de determinados requisitos, como son: la información al investigado de los derechos constitucionales que le asisten, asistencia letrada y voluntariedad de la declaración.

El TS en sus pronunciamientos también hace referencia a esta doctrina⁶⁵, pesar de ello, es una doctrina muy criticada debido a que las confesiones voluntarias tienen relación con los resultados de las pruebas obtenidas ilícitamente, y de ahí, la determinación de la voluntariedad de las mismas, como expone la STS 1048/2004, de 22 de septiembre, en la que “Esta situación nos reenvía al problema relativo al valor que debe dársele a la declaración auto inculpativa del penado y a su valor como prueba

⁶⁴ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida (...), op. cit., pág. 412.

⁶⁵ Véanse SSTS 2012/2000, de 26 de diciembre; 339/2004, de 16 de marzo; 229/2008, de 15 de mayo.

autónoma e independiente no afectada por la nulidad decretada de las escuchas telefónicas (...). En este sentido podemos decir con la STS 498/2003, de 24 de abril, en un caso del todo idéntico al que ahora nos ocupa que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ, de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho, deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación, tendente a establecer el hecho en el que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas (...).

Como consecuencia de la disparidad de pronunciamientos jurisprudenciales, se ha intentado fijar unos requisitos que debe contener la confesión para que sea válida en el proceso, y no sea prueba contaminada por la prueba ilícita principal. Estos requisitos los fija de forma clara la STS 91/2011, de 18 de febrero, afirmando que *“Por consiguiente, podemos concluir en la necesidad de concurrencia de los siguientes requisitos para la posible convalidación, como prueba apta, de las declaraciones prestadas por los imputados a consecuencia de informaciones obtenidas previamente con vulneración de un derecho fundamental, de acuerdo con la mentada doctrina de la “desconexión de antijuricidad”*. Así, para que la confesión pueda romper la conexión de antijuricidad tiene que ser la prestada en el juicio oral, no siendo válida aquella confesión de la que el sujeto se retracte, sin perjuicio de que, puedan utilizarse confesiones obtenidas en la fase de instrucción cuando cumplan determinados requisitos, y tiene que tratarse de una confesión voluntaria y libre.

No obstante, a pesar de existir una línea jurisprudencial, no se puede elaborar una regla general, sino que, habrá que estar a cada caso concreto y por supuesto, determinar si se produce la conexión de antijuricidad, y en qué grado, entre la prueba ilícita y la confesión voluntaria, ya que, tiene que diferenciarse entre la confesión y posterior admisión de la autoría de los hechos por parte del investigado o encausado, de una simple aceptación de la declaración prestada en la fase de investigación, con la que, no se podría romper con la conexión de antijuricidad con la prueba ilícita, ya que no se trataría de una confesión libre, consciente y voluntaria.

2.3.3. Excepción de la buena fe

Esta excepción tiene su origen también en la jurisprudencia norteamericana, en un caso en el que la policía allana una vivienda con una orden judicial que a posteriori resulta ser nula, pero se considera que la actuación policial es de buena fe, por lo que la prueba obtenida del allanamiento se admite en el proceso.

Es la STC 22/2003, de 10 de febrero, la que aplica esta doctrina de la buena fe, en un caso en el que se descubre un arma de fuego en un registro domiciliario realizado con el consentimiento de la esposa del propietario. Ese registro se considera inconstitucional, pero el descubrimiento del arma de fuego es válido, así como la buena fe de la policía al realizar el registro. El TC afirma *“lo que aquí sucede, ya que, desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto (...) no cabe proyectar sobre la situación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso, lesión alguna del derecho fundamental (...). En casos como el presente (...) la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a duda al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un medio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar (...)”*.

También la STS 974/1997, de 4 de julio, hace referencia a la buena fe de un policía afirmando que, *“debe ceñirse a los supuestos de actuaciones policiales realizadas de buena fe, para evitar que se propicien actuaciones que tiendan a acelerar por vías constitucionales la obtención de pruebas que se obtendrían indefectiblemente por otras vías, pero más tardíamente (...)”*.

En palabras de GÓMEZ COLOMER, “es una doctrina criticable, porque es demasiado amplia, no quedando asegurada la garantía constitucional que se protege con

la regla de exclusión”⁶⁶. La buena fe excluye la teoría de la prueba prohibida, ya que, considera que aunque haya una prueba ilícita en el proceso, si se prueba la buena fe de los que llevan a cabo la diligencia de investigación de que se trate, desvirtúa cualquier acervo de ilicitud de la prueba o de las derivadas de la misma, por ello, se entiende que se trata de una doctrina demasiado amplia, porque no puede determinarse de forma concreta lo que se considera buena fe y además, es interpretable por los tribunales, porque dependerá del caso concreto determinar si se aprecia buena fe para desvirtuar la prueba ilícita.

Por tanto, la excepción de buena fe es la otra consecuencia de la ruptura de la conexión de antijuricidad, permitiendo que, por ejemplo, si se ha actuado de buena fe por parte de los agentes de la Policía Judicial que llevan a cabo la medida de intervención telefónica, aunque los resultados obtenidos de la misma sean ilícitos, por no haberse respetado los requisitos necesarios para la adoptar la medida de intervención telefónica, serán válidos en el proceso penal, precisamente alegando la buena fe de los agentes que la llevaron a cabo, por desconocer la ausencia del requisito de la debida motivación de la resolución que autoriza la medida de intervención telefónica.

CONCLUSIONES

Primera

La nueva regulación introducida por la reforma operada por la LO 13/2015, de modificación de la LECrim, ha supuesto un gran avance en materia de las intervenciones telefónicas ya que, antes, no existía una regulación legal detallada respecto al procedimiento a seguir para la adopción de la medida; concretamente el establecimiento de un “catálogo” de delitos en los que, en su investigación, el Juez instructor puede hacer uso de la misma, así como los requisitos que deben concurrir y la duración de la intervención telefónica. Además, ha supuesto mayor seguridad jurídica la obligación de cumplir con las garantías exigidas en la LECrim para llevar a cabo esta medida, ya que vulnera el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas previsto en el art. 18.3 CE.

⁶⁶ Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida (...), op. cit., pág. 427.

No obstante, el legislador ha organizado la regulación legal de la intervención de las comunicaciones telefónicas de una forma un tanto caótica, ya que, hace referencia en el capítulo IV de la LECrim a 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*”, en el que se contemplan los principios rectores a los que debe sujetarse la resolución judicial de autorización de la medida de intervención telefónica, así como la solicitud de adopción de la medida de intervención telefónica, la duración de la misma, entre otros extremos. El capítulo V lo dedica única y exclusivamente a regular la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, aunque hace remisión a preceptos ya mencionados en el capítulo IV, lo que dificulta la lectura y comprensión de la regulación específica de la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas. Posiblemente la urgencia y necesidad de regular de forma clara esta materia, además de la presión continua del TEDH a través de sus sentencias condenatorias a España por la escasa regulación legal en materia de intervenciones telefónicas, han ocasionado que el legislador no haya podido detenerse lo suficiente para diseñar una estructura más clara. Pero, por otro lado, hay que tener en cuenta que la reforma operada en la LECrim trae causa de la propuesta de texto articulado del Código Procesal Penal del 2012, que incorpora en la fase de instrucción un elenco de diligencias de investigación, entre las que se encuentra la intervención de las comunicaciones telefónicas; por lo que, el legislador, antes de la reforma de la LECrim de 2015, ya disponía de un esquema de la medida y de su posible organización, con lo que, su estructura no se elaboró desde cero.

Segunda

Respecto al requisito constitucional de la protección de terceros, que debe concurrir para la adopción de la medida de intervención telefónica, es necesario destacar la diferencia entre el tercero que participa en el proceso comunicativo que está siendo intervenido, y que no tiene nada que ver con el delito objeto de la investigación, y, el tercero (así denominado por la LECrim), sobre el que hay constancia de que utiliza la comunicación para recibir o transmitir información, o bien, que sea colaborador de la persona investigada. En este sentido, en el primer caso, sí puede considerarse a esa persona como un tercero que participa en el proceso comunicativo que está siendo

intervenido y ajeno totalmente a la posible comisión del delito que se está investigando; incluso debe ser informado por el Juez de instrucción de las concretas comunicaciones en las que ha participado que estén afectadas por la investigación, pudiendo solicitar una copia de las grabaciones, sin afectar al derecho a la intimidad de las otras personas intervinientes. Sin embargo, la denominación del tercero hecha por el legislador en el art. 588 ter c) LECrim, no puede entenderse referida a un tercero ajeno, puesto que, el tercero efectivamente tiene relación con la actuación del investigado por la posible comisión de un delito, y como tal, podría no considerársele como tercero por el grado de participación, sino debería ser llamado al proceso como investigado, sin perjuicio de que a posteriori en una sentencia se le absuelva por considerar que su participación no ha sido clave en la comisión del delito.

Es el apartado tercero del art. 588 ter i), en el que se regula el acceso de las partes a las grabaciones, el que hace referencia al tercero ajeno a la comisión del delito, pero que ha participado de forma casual en el proceso comunicativo que ha sido intervenido. Por tanto, podría considerarse que este precepto identifica de forma clara la figura del tercero ajeno a la investigación del delito, debiendo ser distinguido del artículo que contempla la afectación al tercero, que como se ha dicho, no puede considerársele como tal, por la implicación que tiene en la comisión del hecho delictivo. Así, la protección a terceros no se entiende más allá del tercero ajeno, a pesar de que el art. 588 ter c) LECrim se refiera a este como partícipe en la comisión del delito; en este caso, y respetando el principio de la presunción de inocencia, no sería correcto identificar al “tercero” que, puede estar implicado en el delito y se le intervienen sus comunicaciones telefónicas en la investigación del mismo, con otra figura jurídica que desvirtúe su presunción de inocencia; pero sí podría hacerse una distinción entre ambas partes, considerando al “tercero” implicado en la investigación del delito como “tercero investigado”, es decir, que sea parte llamada al proceso, y la persona que es totalmente ajena al delito que está siendo investigado, sea un tercero ajeno al proceso.

Tercera

La teoría de la prueba prohibida sentada por el TC en su sentencia 114/1984, hace referencia a que toda aquella prueba que se haya obtenido a través de un medio que vulnere un derecho fundamental, será ineficaz. De esta teoría, surge la doctrina de la Eficacia refleja o Teoría de los frutos del árbol envenenado, haciendo referencia a las

pruebas derivadas de la prueba principal que es prohibida, por lo que serán pruebas ilícitas o fruto del árbol envenenado, y tampoco podrá hacerse uso de ellas en el proceso penal.

Como se ha dicho, la jurisprudencia del TC y del TS ha ido evolucionando en su línea doctrinal, en la que, en un inicio se fijó una tendencia garantista respecto a la utilización de los resultados de las pruebas obtenidas de forma ilícita, así como de las pruebas derivadas de las mismas, que también se consideraban ilícitas. Como el fundamento de esa ilicitud era la vulneración de un derecho fundamental, los Tribunales no permitían que se hiciera uso de la prueba prohibida, por lo que, por ejemplo, el resultado de la intervención telefónica realizada por la Policía Judicial en la investigación de un delito de tráfico de drogas, sin la debida autorización judicial, no podía utilizarse como prueba en el proceso, por lo que, el encausado resultaba absuelto, a pesar de existir pruebas que corroborasen la comisión del delito de tráfico de drogas. Posteriormente y, debido a los resultados en la práctica jurídica de la aplicación de estas teorías, la jurisprudencia advierte que muchos responsables de la comisión de delitos muy graves son puestos en libertad, por lo que, elabora una serie de criterios restrictivos para limitar la Teoría de los frutos del árbol envenenado. Como se ha estudiado en el presente trabajo, en primer lugar, el TC elabora tres criterios: la excepción de la prueba jurídicamente independiente, la excepción del descubrimiento inevitable y la excepción del hallazgo casual.

No obstante, es la STC 81/1998, de 2 de abril, la que fija el cambio doctrinal del TC hacia una tendencia más restrictiva y menos garantista, resultado de la evolución de los pronunciamientos relativos a la Teoría de la Eficacia refleja de la prueba prohibida, y la aplicación a la misma de los criterios restrictivos elaborados hasta el momento. En este sentido, se fija el cambio de la línea doctrinal y se observa esa tendencia anti garantista, llegando incluso a admitir una prueba ilícita como base para una condena.

El breve estudio realizado sobre la evolución de la jurisprudencia del TC y del TS, así como de la Teoría de los frutos del árbol envenenado, y de las excepciones previstas a la misma, en ningún caso, entra a analizar el fondo de la cuestión, ya que, si se pretendiera estudiar cada una de las excepciones a la Teoría de la Eficacia refleja y su impacto en la práctica judicial, habría que analizar la teoría de la nulidad absoluta y la nulidad relativa, y dependería de cada supuesto concreto, para determinar la nulidad de la prueba y con ella, si el procedimiento deviene nulo o, si por el contrario, se excluye la

prueba ilícita y se continúa con el procedimiento. Por ello, el presente trabajo únicamente pretende hacer un breve análisis de la evolución jurisprudencial en materia de intervenciones telefónicas, y destacar la importancia de determinadas resoluciones del TC y del TS que marcan un cambio en la doctrina fijada hasta ese momento.

Cuarta

El objeto del presente trabajo ha sido estudiar las intervenciones telefónicas como diligencia de investigación y como medio de prueba, haciendo referencia, a momentos procesales distintos; en la fase de investigación o instrucción se adopta la medida de intervención telefónica, como diligencia, para la averiguación de un hecho delictivo, y en la fase de juicio oral se practica la prueba que se ha obtenido a través de la diligencia.

Pues bien, a pesar de que la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas se ha regulado legalmente después de la reforma de la LECrim de 2015, contemplando unos requisitos necesarios para su validez, así como un procedimiento para llevarla a cabo, es una cuestión de interpretación el hecho de que un Tribunal considere que el auto por el que se autoriza la diligencia de intervención telefónica no está debidamente motivado, a pesar de haber sido dictado por el Juez de instrucción; de lo que dependerá que se dicte una sentencia condenatoria o absolutoria. Lo mismo sucede con la intervención telefónica como medio de prueba en el juicio oral, cuya regulación es jurisprudencial; es en la práctica de la prueba donde se interpreta, conforme a la aplicación de la Teoría de la prueba prohibida y la Teoría de los frutos del árbol envenenado, si la prueba principal es ilícita y existen pruebas derivadas, el procedimiento deviene nulo, o bien, si existe prueba independiente a la prueba ilícita, esta podría excluirse del procedimiento y continuar con el mismo.

Por ello, es importante resaltar que las intervenciones telefónicas como diligencia de investigación, y como medio de prueba, poseen un carácter abstracto, lo que permite que sea una materia que, a pesar de tener una regulación legal y jurisprudencial, sea interpretable por los Tribunales.

Quinta

Como se ha dicho, se ha estudiado de forma breve la evolución de la jurisprudencia en materia de intervenciones telefónicas ya que, hasta la reforma operada por la LO 13/2015, sólo existía una regulación jurisprudencial de la medida. La brevedad

del análisis se debe a la imposibilidad de abarcar en un trabajo de fin de grado un estudio profundo sobre los cambios jurisprudenciales y sus consecuencias en la práctica jurídica, no obstante, se han podido destacar algunas resoluciones, tanto del TC como del TS, que marcan un claro cambio en la línea jurisprudencial, así como la elaboración de doctrina extraída del Derecho anglosajón.

Ahora bien, se puede observar que las intervenciones telefónicas son una cuestión puramente interpretativa, y que a pesar de que exista un criterio jurisprudencial fijado y que sea el que sigan los Tribunales, ese criterio es interpretable, y de ello dependerá que se dicte una sentencia condenatoria o absolutoria.

Si se analiza la jurisprudencia en esta materia, se observa que no en todos los casos se aplica con carácter riguroso las teorías estudiadas en el presente trabajo, sino que, en ocasiones esa aplicación depende de la relevancia del caso y de la interpretación que hagan los Tribunales.

Si por ejemplo se trata de un caso en el que el delito cometido es muy grave o se trata de organizaciones criminales, y la única prueba de cargo es una intervención telefónica sin la debida resolución motivada, se aplica la Teoría de la prueba prohibida; en caso de existir alguna prueba derivada de la ilícita, será fruto del árbol envenenado. Por lo que, los miembros de una organización criminal dedicada al tráfico de drogas a gran escala podrían ser absueltos por la conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Sin embargo, en un caso en el que las transcripciones de las escuchas telefónicas, que se han incorporado a la causa, no han sido revisadas por el LAJ, a pesar de no tener valor probatorio, en el juicio oral se da por prueba válida la audición de las grabaciones, y como consecuencia de ello, podría dictarse una sentencia condenatoria.

Esto no quiere decir que la generalidad de los pronunciamientos de los Tribunales siga esta línea, puesto que puede ocurrir que en un caso de mucha relevancia se salve la nulidad del procedimiento con la exclusión de la prueba ilícita, pasando a valorar el resto de las pruebas, y se dicte una sentencia condenatoria, como ha ocurrido en resoluciones dictadas por el TS.

No obstante, se trata de una reforma bastante reciente de la que, todavía no existe jurisprudencia suficiente para sentar doctrina conforme a la regulación legal vigente, por lo que, habrá que esperar a que el TS y el TC se pronuncien sobre este tema.

BIBLIOGRAFÍA

Casanova Martí, R., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Bosch Procesal, 2014.

Casanova Martí, R., (AAVV), Nueva regulación de las intervenciones telefónicas: especial atención a la utilización del resultado de esta diligencia en un proceso penal distinto, El proceso penal, cuestiones fundamentales, parte 4, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Gómez Colomer, J.L., (AAVV), Prueba Prohibida en La prueba, tomo II, La prueba en el proceso penal, capítulo V, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

López-Fragoso Álvarez, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Colex, Madrid, 1991.

López-Fragoso Álvarez, T., Los descubrimientos causales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal, en Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, nº 2, 1993.

López-Fragoso Álvarez, T., Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes, en Cuadernos de Derecho Judicial, XXIX, La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Montero Aroca, J., La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Montero Aroca, J., (AAVV), Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.