

LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS, ANTECEDENTES Y REGULACIÓN

Por D. MANUEL ROMERO DÍEZ
Doctorando
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Extremadura

Resumen

Las escuchas telefónicas es un medio que afecta a derechos fundamentales recogidos en la Constitución, pero a la vez es un medio muy efectivo para la instrucción de determinados delitos. Este trabajo de investigación se centra en el estudio de los antecedentes Constitucionales, en la fundamentación y proporcionalidad de la intromisión de un derecho fundamental como es el secreto a las comunicaciones.

Abstract

Phone bugging/tapping affects basic rights compiled in the Spanish Constitution, but at the same time it's a useful means for the preliminary investigation of certain offences. This investigation work is focused on the study of Constitutional records, on the basis and proportionality of a basic right interference such as communication privacy.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y PROTECCIÓN
- III. CONCEPTO DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA
- IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES
- V. FUNDAMENTACIÓN Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

I. INTRODUCCIÓN

El crimen organizado¹ ha aumentado en los últimos años, tanto a nivel nacional como internacional. Con recursos económicos casi ilimitados sus ámbitos se extienden en el ámbito internacional por diversos países conformando asociaciones delictivas, y en el ámbito interno socavando y penetrando instituciones públicas con el fin de lograr su impunidad.

Frente a esta realidad, los cuerpos de seguridad del Estado necesitan estructuras y mecanismos adecuados de cooperación con el fin de reprimir y prevenir los actos cometidos por estas organizaciones criminales. Para esto se requiere de instrumentos legales que permitan averiguar las actividades criminales de las organizaciones, detectar la comisión de los hechos delictivos en los que están involucradas y obtener elementos de prueba con los cuales puedan ser procesados penalmente con todas las garantías constitucionales y legales.

Los instrumentos al servicio de las autoridades en relación con el fin del procedimiento penal y el descubrimiento de la verdad real, tienen como límite el respeto de los derechos y garantías que la constitución le reconoce a todo individuo sometido a un proceso penal.

Es en este contexto donde se toma excepcionalmente la necesaria utilización de las intervenciones telefónicas², como medio para lograr investigar hechos delictivos y obtener pruebas a través de la captación estrictamente controladas por la autoridad jurisdiccional de las conversaciones telefónicas. Debido a la

¹ Se entiende por grupo delictivo organizado «un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material». Así Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. 8302. Suscrita por 124 países en Palermo Italia, en diciembre del 2000.

² Sobre la excepcionabilidad de la medida la S.T.S. 304/2008 señala: «De la nota de excepcionalidad se deriva que la intervención telefónica no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial –normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas– pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica, por ello la nota de la excepcionalidad, se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valla entre el riesgo de expansión que suele tener lo excepcional».

afectación de los derechos fundamentales de la intimidad y del secreto de las comunicaciones y cumpliendo con el principio de proporcionalidad³ de modo que sólo se acuda a este instrumento en aquellos casos expresamente establecidos en la ley, tornándose en uno de los instrumentos más eficaces en la investigación de la delincuencia organizada.

El aporte jurisprudencial, tanto interno como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, permite tener un panorama más claro sobre la discusión que provoca un tema tan sensible. Con este artículo de investigación pretendemos centralizar nuestro objeto de estudio el tema de las intervenciones telefónicas, atendiendo a los aspectos de su legitimidad, legalidad y validez de las fuentes de prueba obtenidas.

II. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES Y PROTECCIÓN

La intervención de las comunicaciones es una medida judicial que afecta el derecho fundamental de secreto de las comunicaciones y la intimidad, pues supone una intromisión, cuyo antecedente histórico lo encontramos en la Revolución Francesa, que pregonó la inviolabilidad de la libertad y del secreto de la correspondencia. La primera alusión proviene de la Asamblea Nacional en 1790, que proclamó este principio:

«Le secret des lettres est inviolable».

El derecho a la intimidad encuentra sustento en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que al respecto señala:

«Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques legales a su honra o reputación».

En el art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Instrumento de Ratificación de España de 13 de abril de 1977:

«Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada. Su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra

³ En relación con la proporcionalidad de la medida la S.T.S. 119/2007, dispone: «De la nota de proporcionalidad se deriva como consecuencia que este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcional a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales para facilitar su descubrimiento. En otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas, se generalizase este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible».

y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o esos ataques».

En el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señala:

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

Igualmente lo encontramos en nuestros antecedentes, partiendo de la invención del teléfono 1876, así pues la Constitución Española de 1869 en su art. 7 protegía el secreto de la correspondencia postal y telegráfica, salvo resolución judicial, al disponer que:

«En ningún caso podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de juez competente podrá detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se dirija por correo».

A continuación la Constitución de 1876 prosiguió respetando el derecho al secreto de las comunicaciones en sus arts. 7 y 8 de dicha Constitución que establecía:

«Artículo 7 “No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo”. Y el artículo 8: “Todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia, será motivado”».

Posteriormente, el art. 32 de la Constitución de 1931 disponía:

«Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todos sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario».

En contrario el Fuero de los Españoles de 1945 no hacía necesario una resolución judicial para la interceptación de la correspondencia, como refleja su art. 13:

«Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia».

La Constitución de 1978, en su art. 18 garantiza el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones:

«Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

En la Ley de enjuiciamiento Criminal su protección está regulada en el art. 579 L.E.Crim.:

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

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos.

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación».

Toda persona tiene derecho a mantener en el ámbito de la privacidad aspectos de su propia vida, sin intromisión de terceros. Ello no quiere decir que el derecho a la intimidad sea absoluto, pues cede ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que la injerencia resulte necesaria y proporcionada, para lograr el fin previsto. Al igual que sucede con otros derechos fundamentales, el secreto de las comunicaciones puede sufrir restricciones, excepciones o injerencias legítimas cuando prive un interés estatal y con estricto cumplimiento de los requisitos que garanticen esta intromisión. La intervención de las comunicaciones es un instrumento de investigación útil en algunos delitos, en los que por sus particularidades propias resultan de muy difícil esclarecimiento a través de otros medios más convencionales. Su realización supone una doble finalidad; como elemento de prueba y como acto de investigación que permita identificar a los presuntos responsables e iniciar un procedimiento penal.

Conforme ha señalado la Sala Constitucional, la garantía establecida en el art. 18 de la Constitución, se ve satisfecha, si se cumple con los siguientes requisitos:

- a) Intervención necesaria del juez en cualquier autorización de intervenir las comunicaciones.

- b) La exigencia a éste de una resolución debidamente fundamentada en donde autorice la medida y la delimite en el tiempo.
- c) La exigencia de un estricto control sobre la aplicación de la medida, para todo lo cual posee una responsabilidad indelegable y
- d) Que el juez se imponga del contenido de la comunicación intervenida y sea él quién discrimine, en primera instancia, cuáles contenidos podrán trascender a las partes y a la policía.

III. CONCEPTO DE INTERVENCIÓN TELEFÓNICA

La intervención telefónica es un medio instrumental, mediante el cual se limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Es ordenado por el juez, en relación con un hecho punible de especial gravedad, mediante resolución fundada a fin de que se proceda al registro y grabación de las conversaciones telefónicas de un imputado u otros sujetos con el que éste se relacione, durante un tiempo determinado y con la finalidad de investigar determinados delitos o, en su caso, recabar prueba en relación con el hecho delictivo y la participación de su autor.

Se trata por tanto de un medio instrumental, utilizado en la etapa de investigación, que tiene como finalidad investigar a una determinada persona o personas con algún grado de participación en un hecho delictivo o a las personas con que se comunican (por medio de la intervención, escucha y grabación de las comunicaciones telefónicas). A través de esto se pretende investigar la presunta comisión de un delito y a sus perpetradores, pudiendo ser utilizadas posteriormente las escuchas como medio probatorio dentro del proceso penal.

Según López Fragoso⁴, dispuso que las intervenciones telefónicas pueden definirse:

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

En cuanto a la jurisprudencia⁵ el criterio de entendimiento, ha sido, por su reiteración (S.T.S. 31/10/1994 R.J. 1994/9076):

⁴ Tomás LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, Ed. Colex, 1991, págs. 14 a 20.

⁵ Aplicación jurisprudencial del concepto de intervenciones telefónicas T.S. 20/2/1995 (R.J. 1995/1201) y 19/10/1996 (R.J. 1996/7834); 04/02/1997 (R.J. 1997/1275); 08/02/1997 (R.J. 1997/888); 26/05/1997 (R.J. 1997/4133); 02/12/1997 (R.J. 1997/8762) y 22/04/1998 (R.J. 1998/3811).

«Las intervenciones telefónicas (vulgarmente denominadas escuchas telefónicas) implica una actividad de control de las comunicaciones entre particulares a través de dicho medio y pueden conceptuarse como unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen por el juez de instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se 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».

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

Se trata de analizar los efectos de la medida de la intervención telefónica que es declarada ilegítima por autoridad competente, por no respetarse las garantías y los presupuestos para su adopción.

En el sistema español a partir de la sentencia S.T.C. 114/1984, se ha acogido la denominada «teoría de los frutos del árbol envenenado»⁶ o de la contaminación probatoria, incorporada dicha doctrina posteriormente en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español de 1985, que señala: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales»; por consiguiente, la intervención telefónica que se realice sin las debidas garantías de legalidad provoca que la injerencia sea ilegítima y no pueda ser utilizada como elemento probatorio⁷. La ilicitud de la medida afectará a las pruebas derivadas siempre en aquellos casos en que además de la conexión natural entre la prueba ilícita y la derivada, se produzca lo que se denomina conexión de antijuricidad⁸.

⁶ Proseguida de la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1994 y 107/1995, entre otras que afirmó la prohibición absoluta de valorar pruebas obtenidas lesionando un derecho fundamental. En la misma línea se inscribieron Sentencias del Constitucional n.º 1380/1999 de 6 de octubre y la n.º 290/1999 de 27 de febrero.

⁷ Las repercusiones que puedan tener las pruebas obtenidas, directa o indirectamente de la violación de derechos fundamentales y sus efectos con relación a otros elementos probatorios, son resueltos por medio de la doctrina denominada «conexión de antijuricidad», tratada entre otras en las sentencias del T.C. 91/98, 49/99, 8/2000 138/2001, y del T.S. 998/2002, 1011/2002, 1151/2002, 1989/2002. En relación con las intervenciones telefónicas; T.C. 299/2000, 176/2002; T.S. 9/2004, 1487/2005, sentencia del 7 de marzo de 2005, 25/2008.

⁸ De acuerdo con la S.T.S. 666/2003, para poder apreciar si existe o no la referida conexión de antijuricidad, se hace necesario atender a los siguientes requisitos: «...1.º La índole o importancia de la vulneración constitucional que aparece como el fundamento de la ilicitud de esa prueba primera. 2.º El resultado conseguido con esa prueba inconstitucional, es decir, la relevancia del dato o datos conocidos a través de esta prueba ilícita en la práctica de la posterior lícita. 3.º Si existían otros elementos, fuera de esa prueba ilícita, a través de los cuales pudiera razonablemente pensarse que habría llegado a conocerse aquello mismo que pudo saberse por la práctica de tal prueba inconstitucional. 4.º Si el derecho fundamental vulnerado necesitaba de una especial tutela, particularmente por la mayor facilidad de tal vulneración de modo que ésta pudiera quedar en la clandestinidad. 5.º Por último, la actitud anímica de quien o quienes fueran causantes de esa vulneración, concretamente si hubo intención o sólo un mero error en sus autores, habida cuenta

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha señalado los principios elementales que han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas y que satisfaga las exigencias de proporcionalidad. Conforme se ha establecido jurisprudencialmente⁹, para que sea válida la información obtenida a través de las intervenciones telefónicas, debe cumplirse con los siguientes requisitos:

- a) Jurisdiccionalidad¹⁰ de la medida: es decir la intervención telefónica solo puede ser autorizada por la autoridad judicial, pues es a ésta a quien la constitución le ha otorgado la facultad y la responsabilidad para resolver sobre esta intromisión, sin dejar de lado los derechos fundamentales de aquellos que se ven afectados por la medida.
- b) Especialidad, del hecho delictivo, pues no es posible ordenar una intervención telefónica para cualquier tipo de delito, especificándose en la norma, los delitos mediante los cuales se puede afectar el derecho al secreto de las comunicaciones.
- c) La proporcionalidad: dada la grave afectación que supone la injerencia a un derecho fundamental tan sensible, debe haber una adecuada proporción entre la intromisión que a través de ese medio de prueba se efectúa la finalidad que se busca con ella¹¹.
- d) La necesidad, de utilizar este medio de investigación, cuando otros no son apropiados según las características de los hechos investigados, lo que amerite la afectación de los derechos a la intimidad al secreto de las comunicaciones. De allí la excepcionalidad de adoptarse esta medida.
- e) Suficiente motivación de la decisión adoptada por el juez, pues en su resolución deben quedar plasmados los razonamientos, en relación con los requisitos citados que motivan la intromisión acordada. Mediante la motivación se podrá determinar si efectivamente hay proporcionalidad entre la medida adoptada y el fin por ésta perseguido, conforme a la ley y los principios constitucionales que tutela.

Estos son los criterios mínimos que debe analizar el juzgador a la hora de resolver, la afectación de un derecho fundamental como son el secreto de las comunicaciones¹².

de que el efecto disuasorio, uno de los fundamentos de la prohibición de valoración de la prueba inconstitucional, tiene menor significación en estos casos de error...».

⁹ Entre otras: S.T.S. 145/2008, 594/2007, 407/2007, 55/2007, 412/2006, 139/2006, 138/2006.

¹⁰ Las sentencias T.S. de 11/04/1997 (R.J. 1997/2802) y de 22/07/1998 (R.J. 1998/6177), establecieron en su fundamento jurídico 4.º: «siempre será preciso que la intervención se ordene estando el juez a presencia de una denuncia en el sentido de los artículos 259 y 269 de la L.E.Crim., con objeto de comprobar el hecho denunciado si revistiere carácter de delito», de igual modo S.T.S. de 21/09/1998 (R.J. 1998/7497) y más recientes S.T.S. 09/03/2007 (R.J. 2007/802), S.T.C. 259/2005 de 24 de octubre (R.T.C. 2005/259) y S.T.C. 219/2006 de 3 julio (R.T.C. 2006/219).

¹¹ En el mismo sentido S.T.C. 7/1994.

¹² El T.S.E. considera que, en materia de garantías ante la injerencia de derechos fundamentales en la investigación de delitos graves, deben respetarse los siguientes criterios: a) exclusivi-

Además de lo anterior, el juez debe incluir otros aspectos que resultan esenciales en su resolución.

- a) Limitación temporal. La intervención telefónica se podrá ordenar por un máximo de tres meses. Las prórrogas igualmente deben ser fundamentadas y pueden decretarse por un máximo de tres meses cada vez, no pudiendo en total superar los nueve meses. Estas prórrogas son excepcionales y siempre en el tiempo estrictamente necesario para obtener los resultados de la investigación, pues de lo contrario dicha medida resultaría desproporcional.
- b) Limitación objetiva. Necesaria existencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo. Estos normalmente provendrán de la información que ha obtenido la policía a través de sus investigaciones, siendo que a través de la intervención telefónica se logre establecer la existencia del delito y el descubrimiento de sus autores. Puede ser que precisamente el inicio de la investigación surja a través de la información obtenida mediante los rastreos telefónicos realizados de forma previa y de allí la necesidad de realizar una intervención telefónica.
- c) Limitación subjetiva. La intervención recaerá únicamente sobre los teléfonos fijos o celulares de las personas que a través de los indicios u otros medios son señaladas como partícipes de los hechos que se investiguen. Puede ser que el número o números de teléfono no esté a nombre de la persona que va a ser investigada, pero que ésta sea quien lo utilice normalmente, en cuyo caso debe quedar especificada esta circunstancia.
- d) Control jurisdiccional. Este se desarrolla a lo largo de la intervención, desde que se ordena, durante el tiempo que se ejecuta e incluso posterior al cese de la misma. También ejerce estricto control en la forma en que se lleva a cabo la grabación de las comunicaciones, la remoción de cassettes, la custodia de las cintas, la información que se suministra a la policía y al fiscal, la transcripción cuando corresponda, las actas en donde se consignen las diversas diligencias y la audiencia de selección y escucha, entre otros.

dad jurisdiccional en la autorización de la medida y estricta sujeción de los funcionarios que la practiquen a los términos personales, temporales y fácticos de la habilitación judicial que otorga cobertura a su actuación; b) adopción de la misma en el marco de una investigación en curso y, por ende, existencia de indicios suficientes de criminalidad; c) respeto al principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo que exige valorar la necesidad de la misma, así como realizar un juicio de ponderación entre la afectación que supone para el derecho fundamental implicado y la gravedad del ilícito que se trata de acreditar; d) excepcionalidad de la misma, y, por tanto, obligatoria limitación temporal a lo estrictamente imprescindible; e) extensión de la observación telefónica restringida a los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas; f) expresión de las razones que la motivan en el auto habilitante y en los que eventualmente acuerden su prórroga, sin perjuicio de las legítimas remisiones a los escritos petitorios de la policía judicial; g) control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención acordada. Resolución 413/2008.

De acuerdo con la jurisprudencia citada, al utilizarse las intervenciones telefónicas, ya sea como medio de investigación, o bien como instrumento de acreditación de un hecho delictivo, deben respetarse las exigencias de legalidad, con el fin de que sea válida la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas¹³.

Estos controles de legalidad son especialmente necesarios cuando las intervenciones telefónicas constituyen un elemento de prueba, que debe ser valorado por el tribunal sentenciador, y cuya inobservancia resta fiabilidad probatoria a la información obtenida y es por ello que ha de seguirse con cuidado el procedimiento de incorporación al proceso y la disponibilidad para las partes de todo el material recopilado, su posterior escucha y la selección de llamadas relevantes, así como la transcripción de las cintas. Este último no constituye el medio de prueba, pues se refiere al contenido de las cintas, y su transcripción únicamente se hace como una medida facilitadora, pero no implica un requisito legal.

V. FUNDAMENTACIÓN Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

En relación con la fundamentación de la resolución por la que se ordena la intervención telefónica, es preciso señalar que la investigación normalmente inicia con informes policiales que necesariamente deben ir sustentados en una previa investigación en relación con determinado delito o partícipes de tal hecho delictivo pues las simples sospechas o los «informes confidenciales», no serían suficientes para justificar la petición, debiéndose aportar los datos, indicios racionales¹⁴, pruebas y cualquier otro elemento válido que le permita al

¹³ Señala el T.S.E., resolución 77/2007, que de la judicialidad de la medida se derivan las siguientes consecuencias: A) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad. B) Que dicho sacrificio lo es con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las investigaciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación. C) Que por ello la intervención debe efectuarse en el marco de un proceso penal abierto. D) Al ser medida exclusiva concesión judicial, esta debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y tener suficiente motivación o justificación de la medida, ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia racional del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia. E) Es una medida temporal, el propio art. 579.3 L.E.Crim. fija el período de tres meses, sin perjuicio de prórroga. F) El principio de la fundamentación de la medida, abarca no sólo el acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prorrogas. G) Consecuencia de la exclusividad judicial, es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida, lo que se traduce en la remisión de las cintas integras y su original al Juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada ya por la Policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea esta integra o de los pasajes más relevantes, y esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso esa transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las cintas en la sede judicial y a disposición de las partes, pero que desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal (S.T.S. 17.3.2004).

¹⁴ Señala la S.T.S.E. 119/2007: «En cualquier caso, los indicios de la comisión de un delito y de la participación en el mismo de la persona cuya investigación se pretende continuar a través de la

juez establecer la necesidad de la medida¹⁵. Por otra parte, resultaría irracional exigir pruebas o indicios racionales que permitan utilizar un instrumento de investigación que precisamente procura obtener esos indicios y esas pruebas de la existencia del delito que se investiga y de los responsables del mismo¹⁶. En estos términos se pronunció el Tribunal Constitucional 123/1997 de 1 de julio (R.T.C. 2007/123) y la sentencia del mismo Tribunal 126/2000, de 16 mayo (R.T.C. 2000/126) al establecer el deber de fundamentación en relación con las posibilidades concretas y reales de la investigación.

Otro tanto ocurre con las intervenciones telefónicas, las cuales constituyen una herramienta inicial en la investigación de ciertos delitos de delincuencia organizada. Delitos que por su propia naturaleza, el nivel de organización, la forma de operar y el manejo de recursos económicos y logísticos, resultan difíciles de perseguir. En este tipo de casos, la investigación apenas se inicia, se cuenta con algunos indicios respecto al despliegue de la actividad delictiva y es por ello que se requiere la intervención de las comunicaciones como instrumento de investigación. Eso hace, que si bien se debe cumplir con el deber de fundamentación, esa fundamentación debe responder a las posibilidades concretas y a la propia realidad de la investigación. Sería absurdo exigir un juicio de certeza o de gran probabilidad, cuando precisamente lo que se busca es investigar para contar con los medios de prueba idóneos que permitan someter a proceso y eventualmente a pena a quienes se dediquen a esas actividades. Incluso, podría darse el caso de que inicialmente existan algunos indicios, pero que una vez realizada la investigación se descarte la existencia del hecho o la participación concreta de algún sospechoso. Desde luego que eso no significaría que la in-

intervención telefónica aparecen como el soporte fáctico imprescindible de la decisión judicial. Debe desprenderse de ésta la existencia de indicios suficientes, entendidos, no como meras sospechas o conjeturas, sino como datos objetivos que, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, permitan contar con una noticia racional, siquiera sea provisional y precisada de confirmación, del hecho que se pretende investigar, así como con la posibilidad seria de descubrir a los autores o de comprobar algún hecho o circunstancia importante de la causa a través de la medida que se autoriza. En algunos casos, será suficiente a estos efectos con los datos suministrados por quien solicita la intervención de las comunicaciones y, en otros, la autoridad judicial deberá proceder a su comprobación o ampliación».

¹⁵ Al respecto señala la S.T.S.E. 1335/2001: «Y, así como es ya pacífica la doctrina según la cual los elementos o datos fácticos mencionados que fundamentan la resolución judicial no tienen necesariamente que quedar reproducidos en el Auto habilitante, sino que basta con que éstos figuren en la solicitud policial que demanda la intervención, porque se considera que el oficio policial donde aquellos datos se contienen forma parte integrante de la resolución del Juez por remisión explícita o implícita, así la determinación de la naturaleza, contenido y alcance de esos datos o elementos que justifican la intervención telefónica, no es en absoluto una cuestión pacíficamente resuelta a pesar de los ríos de tinta que han corrido al respecto, habiéndose hablado de pruebas de la comisión de un concreto delito por persona determinada, de indicios racionales del delito y de su autor, de sospechas fundadas sobre tales extremos, de indicios probables, etc. como presupuestos necesarios para acordar la intervención telefónica».

¹⁶ S.T.C.E. 1335/2001.

intervención fuere ilegal o arbitraria, sino que simplemente no cumplió con las expectativas planteadas.

Ello no quiere decir que se pueda ordenar una intervención telefónica de forma arbitraria o infundada, pues mediante ella se están limitando, o restringiendo derechos fundamentales de especial relevancia, de modo que la decisión judicial debe descansar en elementos fácticos que le permitan al juez considerar de forma racional que efectivamente se está en presencia al menos de indicios sobre la comisión de un delito y la posibilidad de identificar los partícipes y recopilar pruebas de cargo respecto a ello. Debe recordarse, que por su propia naturaleza, las intervenciones telefónicas, no se ponen en conocimiento de la persona interesada, sino hasta que han finalizado y es hasta ese momento que conoce de su existencia y de las razones que las motivaron. Lo verdaderamente importante es que los interesados conozcan las razones de la decisión judicial por la cual se restringió un derecho fundamental dentro del mismo proceso y si corresponde combatir esas razones, o al menos conocer los antecedentes que justificaron tal medida.

También es necesario recalcar, que este deber de fundamentar la medida, no solo se refiere a la decisión inicial, sino también a las sucesivas prórrogas, pues siendo el juez quien escucha las llamadas telefónicas, está en plenas condiciones de conocer el resultado de la intervención y la necesidad de prorrogar la medida, iniciar otras intervenciones u ordenar el cese de aquellas, cuyos fundamentos deben quedar expresados en la resolución. Cuando el juez ordena una intervención telefónica, el requisito de necesidad de motivación, es una garantía al afectado con la medida¹⁷, del fundamento de tal limitación, lo cual posibilita el posterior control de las razones por las cuales se justificó la injerencia. Es por ello que se precisa en la resolución la determinación del objeto de la investigación, los sujetos pasivos, los números de teléfono intervenidos, el tiempo de duración, de acuerdo con las razones de proporcionalidad que justifican la intromisión.

La fundamentación de la medida tiene que ser entendido en el doble sentido de su proporcionalidad y necesidad. La incidencia de los actos procesales sobre los derechos fundamentales obliga a que deba aplicarse el principio de proporcionalidad, según el cual no es suficiente que el acto investigativo haya sido ordenado por autoridad competente, sino que además es necesario. En ese sentido dicha actuación debe estar prevista en la ley, objetivamente justificada y la resolución judicial que ordene la restricción de un derecho fundamental, suficientemente motivada en relación con el fin buscado, de modo que la finalidad perseguida por el acto lesivo del derecho fundamental, no es posible alcanzarla, si no es por dicho acto, y no por otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental. La intervención telefónica conforme al principio de proporcionalidad, exige como primer elemento, su previsión legislativa, que la

¹⁷ S.T.S.E. 929/2005.

legítima desde el punto de vista constitucional, pero además, que tenga suficiente relevancia social. Como segundo elemento la limitación de importantes derechos fundamentales, solo podrán ser ordenadas y controladas estrictamente por las autoridades jurisdiccionales. Y en el caso concreto debe haber una correlación entre el medio empleado y el fin perseguido cumpliendo con los parámetros de idoneidad, necesidad y el sacrificio de los intereses individuales. Debe ser razonable y proporcional, en relación con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar, y no ha de autorizarse en aquellos casos en que el fin propuesto pueda alcanzarse por otros medios menos gravosos para el afectado. Es por ello que el juez a la hora de ordenar la intervención telefónica, debe realizar una adecuada ponderación de los valores e intereses en conflicto, principalmente entre el interés público por ejercitar eficazmente el *ius puniendi* y el interés individual del sujeto afectado por mantener intacto su esfera de libertad.

Según doctrina reiterada, la función del principio de proporcionalidad asegurar la eficacia de los derechos individuales y a la vez proteger los intereses particulares, ponderando valores y equilibrando intereses en el caso concreto.

En un sentido amplio el principio de proporcionalidad requiere de los siguientes requisitos:

- a) Principio de adecuación, idoneidad o utilidad: si con tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto.
- b) Principio de necesidad o de intervención mínima. Si la medida es necesaria, lo cual conlleva a analizar si el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no puede ser sustituido por otro que resulte igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental, o bien lo haga de una manera menos gravosa. S.T.S.
- c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto. Los medios y los fines no deben permanecer de forma evidente fuera de proporción. «Si el sacrificio resulta excesivo la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad».

Debido a que las intervenciones telefónicas restringen un derecho fundamental, su decisión por parte del juez, debe estar sujeta al estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad.

Y en razón a este principio, se deriva que estamos en presencia de un medio excepcional de investigación por hechos delictivos de especial gravedad¹⁸,

¹⁸ Señala la S.T.S.E. 77/2007: «...Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcionada a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos

dentro de los cuales nuestra legislación proporciona un catálogo de delitos cuya investigación permite esta medida excepcional, de modo que se satisface el control de legalidad constitucional que legitima la vulneración al secreto de las comunicaciones, por lo que fuera de estos casos taxativamente establecidos, no tendrían ningún valor probatorio aquellas actuaciones que se realicen por hechos delictivos no contemplados en la ley, lo cual además haría inválidas todas las pruebas relacionadas o que se deriven de una intervención telefónica ilegítima.

Es por ello que la resolución judicial que autorice la intervención debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita, están incluidos dentro del catálogo de delitos que permiten la afectación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que además existe una debida proporcionalidad entre el derecho fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado, pues no basta con que el delito esté previsto en la ley y que la adopte el juez, sino que además es imprescindible, que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, en relación con la acreditación de un hecho y su autoría, con base en los indicios existentes, pues en caso de existir una medida menos gravosa para la afectación del derecho fundamental, ha de prevalecer esta última.

BIBLIOGRAFÍA

- GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, Ed. Bosch, 2000.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Madrid, ed. Colex, 1991.
- MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, *Los límites de las libertades de la expresión e información en un Estado Social y democrático de derecho*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.^a edición, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Barcelona, Ed. Bosch, 2002.
- SACHA DíEZ, José Pablo, «La intervención de las comunicaciones y escuchas telefónicas», *Noticias Jurídicas*, enero 2014.
- URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel, *La prueba ilícita Penal*, Navarra, Ed. Thomson Aranzadi, 2003.

fundamentales, para facultar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas, se generalizan este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible...».