

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

Referencia: FIS-C-1999-00001

I. Introducción

Una de las medidas que la LECr. prevé se pueda adoptar para la investigación penal es la intervención de las comunicaciones telefónicas; medida que ha ido ganando en importancia, revelándose actualmente como uno de los instrumentos más eficaces en la persecución de algunas de las más graves formas de delincuencia, así el tráfico de drogas o la delincuencia organizada.

Esta realidad, unida al imparable avance de la técnica, que ha permitido que las posibilidades de interceptación y captación de las conversaciones telefónicas se hayan incrementado, contrasta con la tardanza con que el legislador reguló la intervención de este tipo de comunicaciones, en los apartados 2. y 3. del artículo 579 LECr, introducidos por Ley Orgánica 4/1988, de 24 de mayo, es decir, casi diez años después de que la Constitución Española garantizara, en su artículo 18.3., «el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Precisamente, el hecho de que toda intervención de las comunicaciones afecte a uno de los derechos fundamentales de la persona, consagrado institucionalmente, obliga a extremar las precauciones a la hora de realizar la interceptación, siendo ésta la única forma de lograr el necesario equilibrio entre la actividad de investigación de las acciones delictivas y el respeto al conjunto de derechos de la persona.

En este punto, el Ministerio Fiscal tiene una importante función que cumplir, ya que su papel de garante de la legalidad, constitucionalmente establecido, le obliga a vigilar que las medidas de investigación se adopten con todas las garantías exigidas por la Ley, de acuerdo con la amplia jurisprudencia que ha interpretado y desarrollado las disposiciones legales.

El cumplimiento de esta función exige del Ministerio Fiscal una especial atención, pues son numerosas las sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, en las que se han anulado intervenciones de las comunicaciones por no haberse respetado todos los requisitos procesales, dando al traste con importantes investigaciones penales.

A esta jurisprudencia interna hay que añadir la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que, en Sentencia de 30 de julio de 1998, núm. 943/1998 (asunto Valenzuela Contreras), consideró que la intervención de las comunicaciones telefónicas acordada por un Juez de instrucción español, en el seno de un proceso penal, violó el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y, en consecuencia, condenó al Estado español al reembolso de las costas y gastos del demandante.

El objetivo de la presente circular es, a la luz de la legislación, y especialmente de la jurisprudencia, exponer sistemáticamente los principios que hay que respetar para que la intervención de la comunicación no se vea anulada y pueda ser utilizada como prueba en el juicio oral, así como la actuación a desarrollar por el Ministerio Fiscal en su labor de garante del cumplimiento de esos principios.

II. Marco normativo

A la hora de exponer la normativa que dentro de nuestro ordenamiento jurídico regula la intervención de las comunicaciones, se presenta meridiana la distinción entre la normativa internacional, que tiene su razón de ser en la consideración del respeto a la intimidad personal como un derecho humano, y la normativa interna española, que consagra este derecho al más alto nivel, incluyéndolo entre los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, al tiempo que, en normas más específicas, básicamente la LECr, establece un regulación de esta materia.

1. Normativa internacional

Existen tres grandes tratados internacionales que se ocupan de estas cuestiones, tratados que, como cualquier otro, y de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución, al haber sido ratificados por España, han pasado a integrarse en nuestro ordenamiento jurídico interno; pero, aun más, al afectar a los Derechos humanos, no se puede olvidar que nuestra Carta Magna ha querido, en su artículo 10.2, señalar específicamente que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre esta materia ratificados por España.

Estos tres textos internacionales son los siguientes:

A) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, que, en su artículo 12, establece que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia...»

B) El Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 27 de abril de 1977, que, en su artículo 17, prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la correspondencia, por ser ésta una manifestación de la intimidad de las personas.

C) El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, y ratificado por España el 26 de septiembre de 1989.

El artículo 8 de este Convenio proclama, en su párrafo 1., que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», añadiendo en el párrafo 2. las condiciones para que sea admisible la injerencia en este derecho, al exigir que tal injerencia esté prevista por ley y constituya una medida necesaria para lograr unos fines legítimos.

La existencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargado de velar por el respeto de los derechos consagrados en el Convenio, ha generado numerosas sentencias que se ocupan de la posible vulneración del artículo 8 por intervenciones telefónicas acordadas por la Autoridades judiciales, en el seno de los procedimientos penales, para la averiguación de hechos delictivos.

La vinculación de las decisiones del TEDH para los Estados firmantes está expresamente recogida en el CEDH, cuyo artículo 53 prescribe que «las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte». El Tribunal Constitucional español, en numerosas ocasiones, ha puesto de manifiesto este extremo, así en las Sentencias 157/1993 y 240/1993.

2. Normativa interna

Como ya se ha adelantado, nuestro ordenamiento jurídico opta por consagrar el derecho al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, al más alto nivel, esto es, dentro de la sección 1, capítulo 2 del Título Primero de la Constitución, donde se recogen los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que goza de la protección jurisdiccional directa que se reconoce a este tipo de derechos (art. 53.2 CE).

No es casual que este derecho se recoja en el apartado 3º del artículo 18 de la Constitución, ya que el apartado 1. de este mismo artículo proclama el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, del que, como señala la STC 110/1984, de 26 de noviembre, el secreto de las comunicaciones no es sino una proyección.

En cualquier caso, no puede olvidarse que el propio artículo 18.3 CE indica que el derecho al secreto de las comunicaciones ha de ceder en el caso de resolución judicial, y es que, en ocasiones, es necesario sacrificar este derecho ante la necesidad de defender valores superiores.

La LECr recoge la normativa procesal sobre esta materia en los artículos 579 y siguientes, esto es, en un apartado dentro de la fase de investigación del Sumario dedicado a las diligencias de entrada y registro, intervenciones telefónicas y apertura de la correspondencia (Título VIII del Libro II).

El primero de estos artículos, el 579, redactado por Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, en el que recoge la posibilidad de que el Juez acuerde la intervención u observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas, aunque no lo hace con la precisión y detalle que sería deseable, motivo por el cual se puede afirmar que la más completa regulación procesal de la intervención de las comunicaciones telefónicas se ha establecido por vía jurisprudencial.

Teniendo en cuenta el valor interpretativo de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ), así como el carácter integrador que tiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC), se debe entender que todas las referencias que se hacen a continuación, tanto a la doctrina del Tribunal Constitucional como a la jurisprudencia, en cuanto suponen la plasmación de criterios ya consolidados en esta materia, no son un mero elenco de citas, sino que vinculan a los Sres. Fiscales en su actuación ante los Juzgados y Tribunales.

III. Procedimiento de intervención

1. Presupuestos

Para que pueda llevarse a cabo una medida de intervención judicial de algún tipo de comunicación personal, es necesario que se den una serie de presupuestos, a saber, que exista cobertura legal y que la medida se adopte, en el seno de un procedimiento penal, mediante auto judicial motivado.

A) Cobertura legal

Como es sabido, la Constitución exige que el desarrollo de los derechos fundamentales de la persona se realice por ley orgánica (art. 81.1). Además, aparte de esta genérica previsión constitucional, el CEDH exige expresamente que toda injerencia en la vida privada y en la correspondencia de las personas esté prevista por ley, ya que el artículo 8, tras señalar en su párrafo 1º que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», añade, en su párrafo 2º que «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».

La primera matización que hay que realizar es que este artículo 8, en su apartado 1º, no hace explícita referencia al secreto de las comunicaciones, por lo que cabría plantearse si las comunicaciones telefónicas están incluidas dentro de la protección que este artículo ofrece a la vida privada y a la correspondencia.

En este punto, el TEDH ha sido tajante y así, en su Sentencia de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass), estableció claramente que las comunicaciones telefónicas se encuentran comprendidas en las nociones de vida privada y correspondencia, criterio que, aparte de

reiterar en la Sentencia de 2 de agosto de 1984 (caso Malone), está implícito en todas aquellas resoluciones en las que ha declarado vulneración del artículo 8 por una intervención telefónica acordada por una autoridad judicial, así las dos sentencias de 24 de abril de 1990 (casos Kruslin y Huvig), y las más recientes de 25 de marzo (caso Kopp), de 30 de julio (caso Valenzuela Contreras) y de 24 de agosto (caso Lambert) de 1998.

Por lo demás, el Tribunal Europeo ha interpretado y desarrollado este párrafo 2. del artículo 8, de manera que pueden señalarse los siguientes requisitos para que la injerencia de la autoridad pública en la vida privada de las personas pueda considerarse legítima:

a) Que la injerencia esté «prevista por ley»; esto es, que la medida tenga una base en derecho interno de cada Estado contratante. El término «Ley» el Tribunal lo ha entendido en un sentido material y no formal, incluyendo tanto los textos de rango infralegislativo, como el Derecho no escrito, en atención a los países que siguen el sistema jurídico anglosajón (Sentencias de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times*, y de 30 de marzo de 1989, caso *Chappel*).

b) Que la medida sea «compatible con la preeminencia del derecho»: esto es, que el derecho interno ofrezca una cierta protección contra los ataques arbitrarios del poder público a los derechos garantizados en el párrafo 1º del artículo 8 (caso Malone).

Esta preeminencia del derecho, la ha circunscrito el TEDH a la exigencia de una cierta calidad en la ley donde se prevé la injerencia en la vida privada.

En concreto, el Tribunal Europeo exige que la ley sea «accesible» para la persona afectada, y que las consecuencias que para ella se derivan sean «previsibles»; esto es, «la ley debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera eficaz en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita al poder público para operar semejante injerencia secreta y virtualmente peligrosa en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia» (casos Huvig y Kruslin).

Para el TEDH, la existencia de reglas claras y detalladas en esta materia resulta indispensable, sobre todo cuando los procedimientos técnicos no dejan de perfeccionarse; por ello, en los asuntos Kruslin y Huvig, y con relación a las escuchas telefónicas, estableció que, para evitar los abusos, y como salvaguarda mínima, en la Ley deben figurar los siguientes extremos: «la definición de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escucha judicial; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar a ello; la fijación de un límite en la duración de la ejecución de la medida; las condiciones de elaboración de los procesos verbales de síntesis consignando las conversaciones interceptadas; las precauciones a tomar para comunicar (intactos y completos) los registros realizados, con fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe operarse el borrado o destrucción de las cintas, particularmente después de un sobreseimiento o una liberación». Estas exigencias han sido reiteradas por la sentencia del caso Valenzuela Contreras.

c) Que la injerencia sea «necesaria» para conseguir alguno de los fines previstos en el artículo 8.2 CEDH, esto es, para salvaguardar «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».

No cabe duda que la investigación de un delito, en el seno de un proceso penal, es uno de los fines que justifica la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones personales, siempre que tal medida aparezca como «necesaria».

El Tribunal Europeo se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre la necesidad o no de la medida, acudiendo al criterio de la proporcionalidad, así la sentencia de 25 de marzo de 1983 (asunto Silver) declaró desproporcionada al caso la medida de interceptación de cartas privadas, y la Sentencia de 20 de junio de 1988 (asunto Schönenberger), afirmó que «para revestir un carácter necesario en una sociedad democrática, una injerencia debe basarse en una necesidad social imperiosa y, especialmente, ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida».

El análisis de todos los anteriores requisitos exigidos por la jurisprudencia del TEDH, tal como lo desarrollan las SSTC 49/1999 y 171/1999, podría llevar a la conclusión de que la norma legal

española es insuficiente y que falta por tanto la cobertura legal habilitante para la adopción de la medida. A tal objeción cabe oponer dos argumentos.

El primero de ellos es que la propia sentencia precisa que, dado que los hechos denunciados son anteriores a la reforma operada por la Ley 4/1988, no es el objeto de la resolución determinar si con dicha reforma legal se han colmado las exigencias de certeza dimanantes del principio de legalidad que postula la jurisprudencia del TEDH, aunque al hilo de sus anteriores conclusiones parezca evidente que la laguna legal -al menos en parte- subsiste.

El segundo es que, como la misma sentencia más adelante afirma, la insuficiencia de la ley constituye una vulneración autónoma del derecho fundamental, imputable al legislador, que no implica por sí misma la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención. En resumen, en palabras de la STC 49/1999: «Si, pese a la inexistencia de una ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el artículo 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas».

Por ello, al margen de las deficiencias del texto legal, teniendo en cuenta la aplicación directa de los preceptos constitucionales, la vinculación a ellos de todos los poderes públicos y en particular el Ministerio Fiscal, la interpretación de dichos preceptos conforme a los tratados internacionales suscritos por España, y el ya mencionado valor interpretativo e integrador de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los Sres. Fiscales deberán velar especialmente para que en las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, acordadas en el seno un proceso penal, se observen todas las garantías previstas en la adopción y ejecución de la medida, tal como se exponen a continuación. En los capítulos siguientes se contiene por tanto algo más que un simple recordatorio de la jurisprudencia; se expone cuál debe ser el criterio de actuación del Ministerio Fiscal, que necesariamente se habrá de conformar a la jurisprudencia existente sobre la materia, abundantemente reiterada y consolidada.

B) Procedimiento penal

El segundo de los presupuestos para que pueda adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas es que la misma se acuerde en el seno de alguno de los procedimientos penales previstos por la Ley, ya sea el de Diligencias previas, el de Sumario o el del Jurado.

En ocasiones la intervención se ha acordado en las llamadas Diligencias indeterminadas, irregularidad procesal que el Tribunal Supremo entiende que no afecta a la validez de la medida, al no producir indefensión (STS núm. 20/1996, de 28 de marzo, y STS núm. 467/1998, de 3 de abril), pues lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por Juez competente. Por su parte, también el Tribunal Constitucional afirma en su reciente Sentencia 49/1999 que la garantía jurisdiccional queda satisfecha cuando las de por sí discutibles «diligencias indeterminadas» se unen sin solución de continuidad al proceso judicial incoado en averiguación del delito.

No obstante, la posición del Ministerio Fiscal de garante de la pureza del procedimiento le obliga a oponerse a la posibilidad de que la medida de intervención se acuerde en diligencias indeterminadas, debiendo exigir que se haga en el seno de alguno de los procedimientos penales previstos legalmente.

C) Auto judicial motivado

El tercero de los presupuestos es que la medida se acuerde en un auto judicial, ya que tanto el artículo 18.3 de la Constitución como el artículo 579 de la LECr, reservan la posibilidad de acordar la intromisión en las comunicaciones personales a la autoridad judicial, con la única excepción del apartado 4º del artículo 579 LECr, según el cual «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».

El derecho al secreto de las comunicaciones cubre tanto el contenido de la información como la identidad de los interlocutores. Por ello, la necesidad de autorización judicial se extiende no sólo a aquellas técnicas aptas para interceptar los mensajes transmitidos, sino también a aquellas cuyo objeto es averiguar, a través de la determinación de los aparatos con los que se establece una comunicación la identidad de las personas que reciben llamadas o llaman al teléfono intervenido (STEDH 2 de agosto de 1984, caso Malone).

Asimismo, la necesidad de autorización judicial se extiende a todo tipo de comunicaciones, incluida la telefonía móvil o portátil en cualquiera de sus manifestaciones, independientemente del artificio técnico utilizado para tener acceso a la comunicación.

El Tribunal Supremo se muestra tajante sobre este punto en su Sentencia núm. 137/1999, de 8 de febrero, según la cual: «El ámbito de protección de este medio de comunicación no tiene limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse. No sólo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas, se encuentran bajo la tutela judicial. La utilización de artificios técnicos de escucha que permitan acceder al contenido de las conversaciones mantenidas a través de las actuales técnicas de telefonía, debe contar con la preceptiva autorización judicial (...) Cualquier medio de escucha de conversaciones mantenidas a través del soporte telefónico (scanner u otro artificio técnico adecuado) debe ir procedido de la correspondiente autorización judicial. Se cubre con ello, el contenido mínimo esencial del mecanismo de protección constitucional».

Además, no basta con la mera autorización de la medida, sino que es necesario que la decisión judicial se motive suficientemente, de manera que el destinatario de la resolución conozca la razón por la que se ve limitado uno de sus derechos fundamentales.

Así lo exigen las jurisprudencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El primero de ellos, en su Sentencia 85/1994, señala que «toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma tal que la decisión determinante pueda ser conocida por el afectado. De otro modo, se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos, ya que se afectaría al ejercicio del derecho a un proceso público por una resolución no fundada en Derecho, dificultando con ello gravemente las posibilidades de defensa en la vía ordinaria, en su caso, y en último extremo por la vía del recurso de amparo» (en la misma línea las SSTC 54/1996, 207/1996 y 171/99, entre otras).

En los mismos términos se expresa la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el conocido Auto de 18 de junio de 1992, en el que la Sala 2. abordó de forma exhaustiva las cuestiones que plantea la insuficiente regulación de las escuchas telefónicas en el artículo 579 LECr, justificando su detallado análisis en que «dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente, es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realizar tal medida».

La doctrina jurisprudencial contenida en el referido Auto ha sido posteriormente ratificada, de forma sistemática, por innumerables sentencias del TS, así por ejemplo, las sentencias núm. 467/1998, de 3 de abril, núm. 622/1998, de 11 de mayo, y núm. 1075/1998, de 23 de septiembre, y, entre otra en la STC 171/99 que exige que la resolución judicial que autoriza la intervención ofrezca «las fundadas razones que permitirían entender que el órgano judicial ponderó los indicios sobre la existencia del delito y la relación del recurrente con el mismo, y que, por tanto, valoró la concurrencia del presupuesto legal habilitante para la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones como prius lógico de la ponderación misma del carácter necesario, adecuado y proporcionado de la intervención telefónica solicitada».

La importancia del Auto judicial exige de los Sres. Fiscales un detallado análisis del mismo para cerciorarse de que existen indicios suficientes para proceder a la adopción de la medida y que ésta aparece delimitada tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo, debiendo oponerse cuando el Auto no cumpla con estas exigencias.

Apreciación de indicios delictivos

En primer lugar, es necesario que el Juez aprecie la concurrencia de indicios que justifiquen la medida de intervención de las comunicaciones, sin que sean suficientes las meras sospechas o conjeturas, tal como ya adelantó la STC 174/1985.

El Tribunal Supremo, en su ya citado Auto de 18 de junio de 1992, no se limita a exigir la concurrencia de estos indicios, desechando las meras sospechas, sino que va más allá al establecer, en su fundamento jurídico segundo, la siguiente definición de los mismos:

«Los indicios racionales de criminalidad, y a ello equivale la palabra "indicio" del artículo 579, son indicaciones o señas, o sea, datos externos que, apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal de la persona en relación con el hecho posible objeto de investigación a través de la interceptación telefónica».

Tras esta definición, el TS añade que «no es, ni puede ser, un indicio, la simple manifestación policial si no va acompañada de algún otro dato que permita al Juez valorar la racionalidad». Esta matización tiene gran importancia si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos, serán las fuerzas policiales las que soliciten del Juez la adopción de la medida de intervención.

En esta línea la STS núm. 1357/1998, de 10 de noviembre señala que «la Policía debe ofrecer al Juez -y este debe exigirlo- razón de ciencia, es decir, los motivos en que base su sospecha para que el Juez esté en condiciones de apreciar si se trata realmente de una sospecha razonable y fundada y si, en consecuencia, la intervención que se le solicita, con la restricción del derecho fundamental que lleva consigo, es proporcional al interés criminalístico invocado por los Agentes de la Autoridad».

O como indica la STC 171/99 la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas, que, como ha sostenido recientemente este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que «precisan, para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control, y, en segundo lugar, en el que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona» (STC 49/1999, fundamento jurídico 8º). Estas sospechas han de fundarse en «datos fácticos o indicios», en «buenas razones» o «fuertes presunciones» (Sentencias del TEDH caso Klass, caso Ludi, Sentencia de 15 de junio de 1992), o en los términos en los que se expresa el actual artículo 579 LECr. en «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (art. 579.1) o «indicios de responsabilidad criminal» (art. 579.3).

De acuerdo con esta doctrina, quedan prohibidas las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo concreto, es decir, aquellas encaminadas a ver qué se descubre, por puro azar, para sondear, sin saber qué delito se va a descubrir (SSTS núm. 1448/1997, de 24 de noviembre, y núm. 1075/1998, de 23 de septiembre, entre otras).

Delimitación subjetiva

La resolución judicial donde se autorice la intervención ha de delimitar las comunicaciones sobre las que va a recaer la medida. Así, el artículo 583 LECr, con relación a las comunicaciones postales y telegráficas, exige que el Auto determine «la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregadas, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieren expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas». En el caso de intervención telefónica, habrán de

especificarse «el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas» (Auto TS de 18 de junio de 1992).

Respecto a las personas cuyas comunicaciones pueden ser intervenidas, si bien el artículo 579 LECr en sus párrafos 1. y 2. habla de «procesado», no cabe duda de que este término no puede entenderse exclusivamente en el sentido de la persona contra la que se ha dictado auto de procesamiento del artículo 384 LECr, sino que hay que hacerlo extensivo a aquellas que ostentan la cualidad de imputado o inculcado en los procedimientos distintos al del sumario. Por otra parte, el párrafo 3. del mismo artículo 579 es más genérico al permitir que la medida afecte a «personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal», aun cuando no ostenten el carácter de procesado o inculcado.

En el caso de las intervenciones telefónicas, está plenamente admitida la posibilidad de que éstas recaigan sobre aparatos cuyos titulares sean terceras personas y no el presunto delincuente, siempre y cuando éste los utilice para sus comunicaciones; así la STS núm. 606/1994, de 18 de marzo, que admitió la intervención del teléfono de la persona con la que convivía el presunto delincuente. También es factible la intervención de un teléfono público, como en el caso de la STS núm. 787/1994, de 18 de abril, y en el de la STS núm. 467/1998, de 3 de abril, en el que se trataba del teléfono de un establecimiento abierto al público, por ser el usualmente utilizado por el administrador y los empleados sobre los que recaían los indicios racionales de criminalidad.

Delimitación objetiva

En tercer lugar, es necesario que la resolución judicial indique el tipo delictivo que se está investigando, no siendo admisible que se decrete la intervención de las comunicaciones para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales (entre otras, SSTS núm. 1448/1997, de 24 de noviembre, y núm. 220/1998, de 14 de febrero).

Además, se requiere que ese delito o delitos revistan la debida gravedad, respetando así el principio de proporcionalidad, al que más adelante se hará referencia, lo cual exige una labor de valoración y ponderación por parte del Juez, ya que la legislación procesal española, al contrario de las de otros países europeos, no delimita los supuestos típicos en que sería posible acordar la medida de intervención.

También en este punto el Tribunal Supremo, en el Auto de 18 de junio de 1992, realiza una interpretación que debe servir de orientación a los Jueces encargados de autorizar la medida, al indicar que «si no existe un catálogo cerrado de delitos, el Juez debe proceder a una interpretación restrictiva, de acuerdo con los mandatos y principios constitucionales», añadiendo que «solo cabe la intervención para descubrir delitos graves, no en general, sino en función de las circunstancias concretas concurrentes, es decir, excluyéndose los delitos que no lo son, y, obviamente, las faltas».

En otras resoluciones el Alto Tribunal ha insistido en que las circunstancias concurrentes en el caso que deben ser tenidas en cuenta, no son sólo la trascendencia del hecho en sí, o la gravedad de la pena fijada al delito, sino también su trascendencia y repercusión social (SSTS núm. 467/1998, de 3 de abril, y núm. 622/1998, de 11 de mayo, entre otras).

Duración

Otro de los contenidos imprescindibles del Auto en que se acuerda la intervención es la fijación de la extensión temporal de esta medida, no siendo suficiente con señalar un plazo de duración dentro de los límites permitidos por la LECr, sino que es necesario que ese plazo no sea abusivo ni desproporcionado.

Efectivamente, si bien la LECr, en el párrafo 3. del artículo 579, prevé una duración máxima de tres meses, y posibilita la concesión de prórrogas por iguales períodos, ello no significa que el Juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal (SSTS núm. 956/1994, de 9 de mayo, núm. 467/1998, de 3 de abril, y núm. 622/1998, de 11 de mayo).

Aun más, en el caso de que se acuerde la prórroga de la intervención, ha de hacerse mediante resolución motivada, sin posibilidad de remitirse a la fundamentación expresada en el acuerdo inicial de la medida, evitando así prórrogas indiscriminadas (SSTC 181/1995, 49 y 171/99, y STS núm. 121/1998, de 7 de febrero).

El Fiscal deberá vigilar que la medida de intervención de las comunicaciones no sobrepase el plazo de tiempo fijado en el auto en el que inicialmente se autorizó o en el que se decretó su prórroga, lo cual exige por su parte un control efectivo de las intervenciones acordadas por el Juez de instrucción, cerciorándose del cese de la medida una vez vencido el plazo, pudiendo instar, en su caso, una prórroga de la misma.

Proporcionalidad

Por último, el Auto judicial debe valorar si la medida de intervención respeta el principio de proporcionalidad, para lo cual tendrá que tomar en consideración las siguientes circunstancias (SSTC 56 y 107/1996, 121 y 151/1998, 135/99 y 171/99; y SSTS núm. 489/1997, de 11 de abril, y núm. 1448/1997, de 24 de noviembre):

- a) La aptitud de la medida para la consecución del objetivo propuesto (juicio de idoneidad).
- b) La exclusión del empleo de otra medida más moderada para la consecución de dicho objetivo, esto es, que no existan otros medios menos gravosos para la persona afectada (juicio de necesidad).
- c) La proporcionalidad entre el derecho fundamental que se sacrifica (el secreto de las comunicaciones) y los beneficios que se esperan obtener, esto es, datos esenciales en la investigación de hechos delictivos suficientemente graves por sí mismos y por la trascendencia social que entrañan (juicio de proporcionalidad propiamente dicho).

2. Procedimiento de ejecución de la intervención

Al contrario de lo que ocurre con las intervenciones postales, las intervenciones telefónicas están huérfanas de previsiones legislativas, pues la LECr, en su artículo 579, se limita, prácticamente, a prever la posibilidad de que se acuerde esta medida, pero sin establecer ninguna norma referente a su ejecución, lo que contrasta con la importancia de este tipo de actuaciones y su mayor complejidad técnica.

Como ya se ha adelantado, estas deficiencias legislativas han obligado al Tribunal Supremo a establecer, por vía jurisprudencial, una auténtica regulación procesal de las intervenciones telefónicas, contenida, básicamente, en el tantas veces citado Auto de 18 de junio de 1992, y reiterada en múltiples resoluciones posteriores.

No obstante, este esfuerzo realizado por la jurisprudencia no puede hacer olvidar las enormes carencias de la regulación contenida en la LECr, que han llevado a la doctrina a calificarla de oscura, deficiente e inadecuada para dar respuesta a las exigencias del artículo 8 del CEDH.

En este punto es significativa la sentencia del TEDH de 30 de julio de 1998 (asunto Valenzuela Contreras), que considera que la legislación española aplicada al caso (anterior a la reforma del art. 579 LECr, por Ley Orgánica 4/1988) no indicaba con suficiente precisión y certeza el grado de discreción de las autoridades en la esfera de las medidas de intervención de las comunicaciones telefónicas, y la manera en que debía ser ejercido, por lo que aprecia violación del artículo 8 del Convenio y condena al Estado español al reembolso de las costas y gastos del demandante. Pues bien, parece que la escasa regulación de las escuchas telefónicas introducida en los párrafos 2. y 3. del artículo 579 tampoco cumple con las exigencias del artículo 8 del CEDH y la interpretación que del mismo viene realizando el Tribunal Europeo, lo que hace aconsejable modificar la actual regulación procesal de esta materia para acomodarla a esta normativa internacional.

Mientras esta reforma se produce, hay que atenerse a la jurisprudencia, sobre cuya base se pueden señalar unas líneas fundamentales a seguir en la ejecución de este tipo de medidas de investigación, que son las que a continuación se exponen.

A) Control judicial de la intervención

Toda intervención telefónica conlleva una injerencia en el ámbito del secreto de las comunicaciones y de la intimidad personal, por lo que el control judicial de la medida no puede limitarse al momento en que ésta se ordena, sino que tiene que mantenerse durante todo su desarrollo (SSTC 49/1996, 121/1998, 49 y 171/1999); es más, este control ha de ser especialmente riguroso en garantía de los derechos constitucionales, ya que, al desconocer el afectado la medida adoptada contra él mientras ésta se está ejecutando, carece de la posibilidad de impugnación.

El control judicial se concreta en una doble exigencia. Por una parte, los agentes que estén realizando la intervención deben dar cuenta al Juez de cualquier incidencia acaecida durante la aplicación de la medida, lo cual es especialmente importante en el caso de los hallazgos casuales, a los que más adelante se hará referencia.

Por otra parte, estos agentes deben remitir las cintas originales de las conversaciones grabadas para que el Juez, en presencia del Secretario, proceda a seleccionar aquellas que tengan trascendencia para los hechos que se están investigando.

Así lo indica el Auto TS de 18 de junio de 1992, según el cual, el Juez debe «ordenar que se entreguen, tan pronto como sea posible, en el Juzgado, los soportes originales físicos en los que consten las conversaciones intervenidas o las observaciones hechas, en la forma que en cada caso se estime procedente para tomar las correspondientes decisiones y poder realizar, con carácter exclusivo y excluyente, de manera inmediata, la selección de las conversaciones intervenidas y grabadas, desechando aquéllas que no afecten al objeto de la investigación, siempre con la vigencia del principio de inmediación y, siendo posible, de contradicción y la obligada presencia del secretario judicial».

Por lo que respecta al Fiscal, éste deberá valorar, en cada caso, la oportunidad de estar presente en la audición de las cintas, acudiendo a este acto cuando considere conveniente participar en el proceso de selección de las conversaciones, indicando aquellas que tengan trascendencia para los hechos investigados.

En este punto, la figura del Secretario judicial asume una importancia vital, ya que al ser el responsable de la transcripción mecanográfica del contenido de las cintas grabadas, reviste a éstas de la legitimación que la fe pública judicial comporta, lo que lleva al Supremo, en sus sentencias núm. 1448/1997, de 24 de noviembre, y núm. 1075/1998, de 23 de septiembre, a referirse al Secretario como «protagonista de la legalidad».

En esta labor el Secretario, o bien procede a la transcripción del contenido de la cinta bajo su fe judicial, o bien, si se recibe esta transcripción ya efectuada por la policía, debe llevar a cabo la comprobación y cotejo de la exactitud de esta transcripción, especificando en su caso las diferencias habidas entre las mismas y las cintas grabadas.

Hay que insistir en la importancia de que los agentes que practican la intervención remitan al Juez los originales de la totalidad de las cintas grabadas, sin que les esté permitido seleccionar o desechar determinadas conversaciones, bajo el pretexto de su inutilidad para la investigación, ya que ello, con las consecuentes sospechas de adulteración, podría acarrear la nulidad de la prueba.

Sobre este punto el Tribunal Supremo, en el Auto de 18 de junio de 1992, se muestra tajante: «El hecho de que las cintas entregadas al Juzgado no sean los originales, sino copias, y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la policía, sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema (...); actuando así, el Juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones, muchas veces en relación de interdependencia».

Siguiendo esta línea argumental han sido varias las sentencias que, en aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, y por haber sido obtenidas con vulneración de las previsiones constitucionales, privan de valor probatorio a unas intervenciones telefónicas en que fue la policía y no el Juez quien procedió a la selección de pasajes y a la transcripción de su contenido, destruyendo todo lo que ellos estimaron que no era relevante a los fines de la investigación.

No obstante lo anterior, no pueden olvidarse las reiteradas advertencias del Tribunal Supremo (SSTS núm. 956/1994, de 9 de mayo, núm. 49/1996, de 22 de enero, y núm. 25/1996, de 26 de enero) de que si existen irregularidades en la intervención telefónica o en la transcripción de las cintas sean puestas de manifiesto tan pronto se conozcan, sin que, guardando silencio, la parte recurrente pueda pretender que en casación se valoren tales alegaciones.

B) Incorporación al juicio oral

Una vez incorporadas a la causa, bajo custodia del Secretario, las cintas originales en las que fueron grabadas las conversaciones telefónicas, efectuada la correspondiente selección por parte del Juez de aquellas conversaciones o parte de las mismas que tuvieran interés para la causa, y practicada la transcripción mecanográfica de las mismas bajo la fe pública del Secretario judicial, dichas conversaciones están en condiciones de ser valoradas como prueba en el juicio oral por el órgano judicial encargado de dictar sentencia.

Esta valoración puede realizarse por una doble vía, bien mediante la lectura por el Secretario del órgano sentenciador de las transcripciones mecanográficas efectuadas en el Juzgado de instrucción, incorporándose así al plenario del juicio oral, bien mediante la audición durante dicho juicio oral de los originales de las cintas grabadas, quedando en ambos casos sometidas a los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, principios cuya observancia es exigible para colmar el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías y para salvaguardar el derecho de defensa del acusado, derechos ambos reconocidos con el carácter de fundamentales por el artículo 24.2 de nuestra Constitución, tal y como precisa la STC 171/99.

En algunos supuestos la audición de estas cintas, siempre que sean las originales, podrá salvar algunos defectos cometidos durante la instrucción. Así lo indica la STS núm. 1948/1994, de 4 de noviembre, en la que a pesar de que el Juez de instrucción no seleccionó las conversaciones de interés y tampoco hubo por parte del Secretario cotejo de las transcripciones que la policía había realizado, como es preceptivo, se entendió que nada de ello era necesario debido a que en el acto solemne del plenario se utilizaron como medio de prueba las mismas cintas originales que la policía había entregado a la autoridad judicial y no la transcripción efectuada por la propia policía.

En cualquier caso, hay que tener presente que en el supuesto de que no se haya solicitado la audición de las cintas durante el juicio oral, no podrá invocarse en casación la falta de contradicción exigible en tal medida (STS núm. 432/1995, de 3 de junio).

C) Los hallazgos casuales

Especial atención merecen los llamados en la doctrina descubrimientos o hallazgos ocasionales o casuales, esto es, la aparición de hechos delictivos nuevos no incluidos en la resolución judicial habilitante de la medida de intervención telefónica y que surgen a la luz cuando ésta se está llevando a efecto. Estos nuevos hechos delictivos pueden tener relación con la actividad criminal investigada, siendo en tal caso delitos conexos que deben investigarse y enjuiciarse en la misma causa, o puede tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes, produciéndose una especie de novación del tipo penal investigado.

La forma de proceder en estos casos ha sido establecida por el Auto de 18 de junio de 1992, que señala lo siguiente: «respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga (...) basta con que, en el supuesto de comprobar la policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente».

En consecuencia, la resolución citada declaró incorrecto el mantenimiento de la intervención telefónica, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el Juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber hecho una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida.

Esta es línea mantenida en otras resoluciones, entre las que se puede destacar la STS núm. 1424/1993, de 18 de junio, según la cual, la policía debió informar debidamente al Juez, ya que, en otro caso, la autorización, de hecho, se transforma en una especie de persecución del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo cual es totalmente inaceptable.

Idéntica es la doctrina del Tribunal Constitucional. Como afirma la STC 49/1996, en el momento en que la policía deduzca de las conversaciones intervenidas la existencia de otro delito, debe poner de manifiesto ante el Juez ese inesperado dato.

Una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, la solución dependerá de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior.

En el primer caso, deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; por el contrario, en el segundo supuesto, el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque.

IV. Incumplimiento del procedimiento

De acuerdo con lo que dispone el artículo 11.1 de la LOPJ («no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales»), la diligencia de intervención de alguna comunicación de tipo personal realizada sin las garantías que la legitiman y que se han expuesto anteriormente, deviene nula de pleno derecho y, en consecuencia, no podrá ser utilizada como elemento probatorio.

No obstante, esta afirmación requiere ser matizada, ya que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional (SSTS núm. 1448/1997, de 24 de noviembre, y núm. 1075/1998, de 23 de septiembre, y SSTC 121/1998 y 151/1998, entre otras) distinguen entre la ilicitud constitucional de la diligencia de intervención, por no ampararse en ninguno de los requisitos constitucionalmente habilitantes para su práctica, y su irregularidad o nulidad procesal, por no cumplir las normas impuestas para su ejecución, valorables en el plano de la legalidad ordinaria y trascendente sólo a efectos procesales.

Especialmente tajante se muestra el Tribunal Constitucional en las sentencias indicadas (121/1998 y 151/1998, referidas ambas a las intervenciones telefónicas), en las que, tras señalar que se pueden diferenciar tres momentos en el desarrollo de esta medida de investigación (la decisión judicial de intervenir las comunicaciones, la ejecución policial de dicha autorización, y la incorporación a las actuaciones de su resultado), recuerda que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones exige que se respeten algunos requisitos básicos, como son la estricta observancia del principio de proporcionalidad y un control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida.

Sentada esta premisa, las sentencias de referencia marcan claramente la distinción entre defectos que conllevan la inconstitucionalidad y defectos puramente procedimentales, que pueden afectar a la eficacia probatoria de la escucha telefónica: «Por tanto, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial de derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad. Pero no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado -entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido- pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización» (SSTC 121/1998 y 151/1998).

Así pues, en los casos en que no se aprecie una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no devendrá aplicable sin más la prohibición de utilización contemplada en el artículo 11.1 LOPJ, sino que habrá que enjuiciar el valor procesal de esa

prueba defectuosamente incorporada a las actuaciones del proceso; por ello estas sentencias afirman que «cuestión distinta es, como en este caso ha apreciado el Tribunal de casación, que la defectuosa incorporación a las actuaciones de su resultado no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia. Mas al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo mediante las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas (STC 228/1997, fundamentos jurídicos 9 y 11). Y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral» (SSTC 121/1998 y 151/1998).

En este punto el Tribunal Constitucional enlaza con la doctrina sentada en su interesante Sentencia 81/1998, en la que matiza la aplicación de la teoría, de origen anglosajón, del «fruto del árbol envenenado», ya que al analizar el alcance de la expresión «pruebas obtenidas indirectamente vulnerando los derechos fundamentales» a que alude el artículo 11.1 LOPJ, admite la valoración de elementos de prueba, de manera que el juzgador pueda basar en ellos su convicción acerca de la culpabilidad del acusado, por ser jurídicamente independientes de la prueba (en este caso, una vez más, una intervención telefónica) declarada contraria al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

En efecto, la sentencia citada dice al respecto lo siguiente: «Según se ha dicho tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. 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 que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar la ilegitimidad constitucional de las primeras que se extienden también a las segundas (conexión de antijuridicidad)».

En el análisis de si existe o no dicha conexión de antijuridicidad, se deben distinguir, como hacen las SSTC 139/1999 y 171/99 (que compendia la doctrina de las anteriores SSTC 81/1998, 49/1999 y 94/1999 y cuyas conclusiones, aunque referidas a un supuesto de registro domiciliario, son extrapolables al caso de las intervenciones telefónicas): De una parte, las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada (acta de la diligencia o declaración testimonial de las personas que en ella intervinieron); de otra parte, aquellas pruebas en que esa indisoluble conexión fáctica no se da (declaración autoinculpatoria del imputado o de coimputados, por ejemplo). Así como en las primeras dicha conexión es indudable desde una perspectiva meramente interna y no pueden ser valoradas en ningún caso sin infringir el artículo 24.2 Constitución Española, ya que lo que accede al juicio a través de estas pruebas es pura y simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita, respecto de las segundas es preciso realizar un juicio para valorar si, también desde una perspectiva externa, en la que se han de tener en cuenta «las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabe inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de la vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave, entre otros factores» (STC 94/1999), existe o no la mencionada conexión de antijuridicidad.

El juicio de experiencia que determina el grado de conexión entre la prueba originaria y la derivada, de cara a determinar la pertinencia o impertinencia de esta última, corresponde hacerlo a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el eventual examen del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo a la comprobación de su razonabilidad (por todas, STC 139/1999). En ejercicio de esta facultad, el Tribunal Constitucional, consolidando una línea jurisprudencial ya apuntada en la STC 86/1995, ha afirmado -en un supuesto de entrada y registro, pero cuyas conclusiones son aplicables al supuesto que nos ocupa- que es jurídicamente independiente del acto lesivo del derecho fundamental la declaración del imputado, previamente informado de sus derechos constitucionales y asistido de letrado, admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria, de tal manera que «el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral, puede

ser valorado siempre como prueba válida, y en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena» (STC 161/1999).

En cualquier caso, independientemente de que la nulidad de la intervención de las comunicaciones no conlleve la nulidad de todas las demás pruebas, por no existir conexión de antijuridicidad entre ellas, o de que dicha intervención pueda producir algunos efectos, por no estar aquejada de inconstitucionalidad, sino de defectos procesales, no cabe duda que lo deseable es que estas medidas de investigación sean plenamente válidas, por lo que el Ministerio Fiscal tiene la obligación de velar por el cumplimiento de todos los requisitos de los que depende dicha validez, requisitos que, en lo que se refiere a las intervenciones telefónicas, y en tanto no tengamos una regulación legal más amplia, vienen impuestos por vía jurisprudencial, tal y como se ha expuesto anteriormente.

V. En particular, la actuación del Ministerio Fiscal

1. Posición constitucional del Ministerio Fiscal

Nuestra Constitución atribuye al Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos. Esta función le impele a velar de modo particular por aquellos derechos que la propia Constitución consagra como fundamentales. En efecto, el artículo 3.3 EOMF encomienda al Fiscal la tarea de velar por los derechos fundamentales - entre los que se cuenta el del secreto de las comunicaciones- con cuantas actuaciones exija su defensa. En el proceso penal, el Fiscal tiene además como misión, entre otras, la de velar por el respeto de las garantías procesales del imputado (artículo 781 LECr). Todo ello, unido al hecho de que el Fiscal no puede considerarse a sí mismo un mero órgano acusador, preocupado especialmente por poner de relieve los elementos de prueba de contenido incriminatorio, sino que, como proclama la LECr en su artículo 2, debe cuidar de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo, lleva inevitablemente a la conclusión de que el Fiscal ha de estar, más allá de su papel de garante o controlador de la legalidad procesal en su conjunto, particularmente sensibilizado para evitar que pueda desplegar su virtualidad en el proceso una diligencia de prueba vulneradora de un derecho fundamental del imputado. Esto se traduce en una serie de actuaciones que el Fiscal debe llevar a cabo y que se analizan seguidamente.

2. Actuación en la fase de instrucción

En primer lugar el Fiscal debe, al serle notificado un auto por el que se acuerda la intervención de una comunicación telefónica o su prórroga, comprobar que el auto reúne los requisitos mínimos -tal como han sido establecidos por la jurisprudencia y se han recordado en esta Circular- para disipar cualquier duda razonable de que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones haya podido ser vulnerado. De no ser así, el Fiscal deberá recurrir la resolución, interesando bien que se deje sin efecto sin más (por ser el auto radicalmente nulo e insubsanable, como sucedería en caso de absoluta inexistencia de indicios de criminalidad o si el delito que se pretende investigar no es lo suficientemente grave, por ejemplo) o bien que se subsanen los vicios de que adolezca la resolución (motivación insuficiente, indeterminación temporal o falta de concreción de los sujetos sobre los que ha de recaer la medida, etc.). Dado que -al no estar expresamente prevista la apelación- los únicos recursos admisibles son los de reforma y queja, recursos que no tienen reconocido efecto suspensivo, deberá interesar el Fiscal una resolución del recurso con la mayor celeridad y prontitud posibles.

Téngase en cuenta, además, que estas medidas se acuerdan normalmente en procedimientos en los que se ha declarado el secreto, por lo que la lógica dilación que implica la resolución de un recurso no necesariamente se ha de traducir en dificultades para la investigación y, en ningún caso, ha de suponer frustrar la finalidad de la intervención. Asimismo, el hecho de que se haya declarado el secreto obliga al Fiscal, única parte procesal activa, a extremar su celo para que la actuación del instructor sea plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de quienes están sometidos a investigación mediante la observación de sus comunicaciones.

Por otra parte, si se hubiera acordado la medida sin haber declarado al mismo tiempo el secreto de las actuaciones, deberá instarlo el Fiscal, ya que de otro modo no se podría impedir

que las partes tuviesen acceso a las diligencias sin conculcar su derecho de defensa. Por el mismo motivo, si es el Fiscal quien solicita la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, deberá instar al mismo tiempo que se declaren secretas las actuaciones.

3. Posibilidad de sanear el procedimiento en un momento ulterior

Ahora bien, si a pesar de la vigilancia del Fiscal para impedir la intervención de las comunicaciones telefónicas sin habilitación judicial suficiente, éste ha tenido lugar y se pretende su incorporación al proceso, el Fiscal hará todo lo posible para que por el órgano jurisdiccional se declare la nulidad de esa actuación, y para que tal declaración de nulidad tenga lugar lo antes posible, recobrando así su plena vigencia el derecho fundamental injustamente conculcado. Para ello cuenta, desde la misma fase de instrucción y en caso de que no pueda prosperar ya el recurso (por preclusión del plazo, por ejemplo), con el expediente previsto en el artículo 240.2 LOPJ. El hecho de que el incidente lo promueva de oficio el Juez no obsta para que el Fiscal pueda instar del órgano judicial el planteamiento del incidente, lo que podrá hacer bien sirviéndose del cauce de los trámites de alegaciones expresamente previstos en la ley procesal, o bien por escrito dirigido al Juez en cualquier momento de la tramitación. Este incidente de nulidad ex officio, por otra parte, puede plantearse no sólo en la fase de instrucción, sino en cualquier momento del proceso «antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso».

4. Fase intermedia y juicio oral

En la fase intermedia del proceso, la actuación del Fiscal puede coadyuvar también a la expurgación de la fuente de prueba obtenida con vulneración del derecho fundamental. En primer lugar, el Fiscal deberá solicitar el sobreseimiento de la causa cuando la intervención obtenida con infracción del precepto constitucional sea la única prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, o las restantes pruebas deriven de ella en virtud de esa conexión directa de antijuridicidad a que alude la doctrina del Tribunal Constitucional (como ya se apuntó, tal es el caso del acta donde consta la transcripción de las cintas, o de la declaración testifical de los agentes que practicaron la intervención). En otro caso, si existen otros elementos de prueba que permiten formular acusación, el Fiscal debe abstenerse de proponer como prueba la intervención telefónica si ésta se obtuvo viciadamente y tal vicio no es subsanable, lo que sucederá siempre que la ilegalidad se sitúe en el plano de la constitucionalidad. Es decir, si el auto que las autorizó es nulo por no cubrir el mínimo de constitucionalidad exigible, no deberán acceder al proceso esas conversaciones -ni su transcripción ni las cintas originales- y tampoco las pruebas derivadas con conexión de antijuridicidad.

Por el contrario, si no se detecta vicio alguno de ilegitimidad en la interceptación de las comunicaciones, el Fiscal propondrá la prueba para su práctica en el juicio oral, lógicamente en la medida en que sea conducente a esclarecer el objeto del proceso, solicitando que estén presentes las cintas originales por si alguna de las partes interesa su audición. También de esta manera se pueden subsanar posibles vicios de legalidad ordinaria (nunca en el plano de la constitucionalidad de la medida) que hayan tenido lugar en la incorporación de la fuente de prueba al proceso. La no intervención del Secretario en la transcripción de las cintas, por ejemplo, impediría tomar en consideración como prueba el acta donde figurasen transcritas las conversaciones, aunque dado que sería un acto procesal nulo pero subsanable (al no haber dado el Secretario fe del contenido del acta estaríamos ante lo que el artículo 238.3. LOPJ denomina una norma esencial de procedimiento o lo que el artículo 240.1 LOPJ llama un defecto de forma en el acto procesal que implica ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin), el defecto podría subsanarse precisamente mediante la audición de las cintas en el plenario.

Una vez abierto el juicio oral, la nulidad de las comunicaciones interceptadas puede ser nuevamente objeto de debate, tal como está previsto expresamente tanto en el procedimiento abreviado como en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. En el procedimiento abreviado, la alegación de lo que la ley denomina «turno de intervenciones» al comienzo de las sesiones podría fundarse obviamente en la «vulneración de algún derecho fundamental» (art. 793.2 LECr). Ante el Tribunal del Jurado, la alegación podría fundarse conjuntamente en los

motivos b) y e) del artículo 36.1 la Ley Orgánica 5/1995 (vulneración de derecho fundamental e impugnación de medios de prueba).

Queda la duda de si un trámite similar es incardinable en el procedimiento ordinario por delito. No habiendo resuelto la jurisprudencia de manera terminante el problema, y habiendo dejado la puerta abierta para que también en este procedimiento pueda tener lugar una declaración de nulidad a *limine litis* del medio de prueba propuesto, ya sea por aplicación analógica del artículo 793.2 -aunque en principio este precepto sólo es aplicable al procedimiento abreviado (STS núm. 993/1995; de 6 de octubre) nada impide el planteamiento en este momento de un incidente de nulidad ex artículo 240.2 LOPJ-, ya sea por admisión del planteamiento de cuestiones previas por motivos distintos de los previstos en el artículo 666 LECr (STS núm. 808/1997, de 7 de junio), parece oportuno que los señores Fiscales planteen también en su caso, en el procedimiento ordinario, el incidente de nulidad de las intervenciones telefónicas como artículo de previo pronunciamiento o al comienzo de las sesiones del juicio oral.

En cualquier caso, lo que no admite duda es que no se trata de un trámite preclusivo, en el sentido de que la vulneración del derecho fundamental no pueda plantearse más adelante, o que la decisión del incidente deba condicionar el pronunciamiento definitivo (SSTS núm. 545/1995, de 7 de abril, núm. 993/1995, de 6 de octubre, núm. 174/1996, de 26 de febrero, y núm. 60/1997, de 25 de enero). Ello quiere decir que la admisión, al resolver el incidente, de la práctica de la prueba de lectura o de audición de las escuchas en las sesiones del juicio oral no impide que, al dictar sentencia y a la luz de la prueba practicada en el acto del juicio, se pueda hacer un nuevo pronunciamiento declarando su nulidad.

5. Recursos contra la sentencia

Por último, cabe impugnar la prueba ilícita, siempre que ésta haya sido tomada indebidamente en consideración para fundamentar el fallo, por la vía de los recursos contra la sentencia recaída en el proceso.

Que puede hacerse a través del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal no ofrece ninguna duda, dado el carácter ordinario del recurso. Tratándose de la peculiar apelación prevista para las sentencias pronunciadas por el Tribunal del Jurado, el recurso podría fundamentarse en el quebrantamiento de normas y garantías procesales, o en la vulneración de derecho fundamental constitucionalmente garantizado (letra a) del artículo 846 bis c) LECr), y eventualmente también en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (letra e) del citado art. 846 bis c).

El recurso de casación -cuando proceda podrá fundarse en la infracción del precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ), tanto si se trata de denunciar una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones stricto sensu (en este caso deberá invocar los arts. 18.3 y 24 CE), como si se trata de la denuncia de vicios de ilegalidad en la prueba no derivados de la vulneración del derecho sustantivo, sino de la inobservancia de derechos fundamentales de naturaleza procesal a la hora de incorporar la fuente de prueba al proceso (en tal caso sólo será invocable el art. 24 CE y no el art. 18.3 CE). Sin embargo, la jurisprudencia viene limitando la legitimación para interponer el recurso de casación por la vía del artículo 5.4 LOPJ a los titulares del derecho fundamental vulnerado (SSTS núm. 908/1996, de 20 de noviembre, y núm. 1570/1997, de 11 de diciembre).

En último término, cabría también el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, basado tanto en la violación del derecho fundamental sustantivo (SSTC 85/1994 Y 54/1996) como en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 49/1999) y, de no haber sido valoradas otras pruebas de cargo, también del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 85/1994 y 49/1996). Aunque para la interposición de este recurso está legitimado el Ministerio Fiscal, se deberá hacer uso de tal legitimación tan sólo en los estrictos términos en que ésta se viene admitiendo para la defensa de los derechos fundamentales que no le sean propios. En todo caso, en previsión de la posible interposición de este recurso en un momento ulterior, es preciso que en cualquier recurso que se interponga previamente o cualquier alegación que se formule para impugnar la eficacia de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales, se invoque formalmente la vulneración de los mencionados derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías (art. 44.1 LOTC).

6. Legitimación del Ministerio Fiscal para invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

Desde otra perspectiva, cabe la posibilidad de que habiendo declarado el Tribunal sentenciador la nulidad de la prueba de intervención de las comunicaciones, bien por vulneración de exigencias constitucionales, bien por inobservancia de los requisitos propios de la legislación ordinaria, provocando con ello la absolución del acusado, el Fiscal no esté conforme con dicha resolución, en cuyo caso deberá recurrir, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia más reciente se ha pronunciado a favor de la legitimación del Ministerio Fiscal para invocar la vulneración de derechos fundamentales, y en concreto el de la tutela judicial efectiva, no sólo en defensa y postulación de los derechos del acusado y de la víctima, sino también para reclamar los derechos y garantías que la Constitución reconoce a los que son parte en un proceso penal (SSTS núm. 797/1994, de 14 de abril, núm. 87/1996, de 6 de febrero, y núm. 214/1997, de 12 de febrero).

Por ello, en el ejercicio de esta reconocida legitimación, el Tribunal Supremo (sentencias núm. 1455/1997, de 25 de noviembre, y núm. 79/1998, de 22 de enero) admite que, en el caso de que se haya producido indebidamente la anulación de una prueba, y ello haya conllevado una absolución injusta, al Fiscal le es lícito instar el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o a la utilización de los medios de prueba idóneos, derechos proclamados en el artículo 24 de la Constitución, y ello en defensa de la legalidad del proceso y su desarrollo con todas las garantías, que el Fiscal asume (art. 3.1) del EOMF) y actúa cuando ejercita su derecho al recurso.

Aún más, al Ministerio Fiscal no sólo le es lícito recurrir, sino que está obligado a ello cuando, de forma incorrecta, se haya declarado la nulidad de la prueba, ya que ésta es la única posibilidad de que se declare conforme con la Constitución la intervención practicada y pueda entrarse a valorar la prueba obtenida, de la que el Fiscal se había visto indebidamente privado en el ejercicio de los derechos e intereses de la sociedad cuya representación tiene atribuida.