

- GOYENA HUERTA, J.: "Las intervenciones corporales coercitivas", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 695, Navarra, 2005.
- GUILLÉN VÁZQUEZ, M./PESTONI, C./CARRACEDO A.: "Bases de datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales" en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 8, Ed. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao 1998.
- MUÑOZ CUESTA, F.J. "Obtención de muestras del inculpaado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 25, Navarra, 2006.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: "La recogida de muestras biológicas y la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 703, Navarra, 2006.
- RIVES SEVA, A.P. "Intervenciones corporales", en VV.AA., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*. 4ª Ed. Aranzadi, Navarra, 2008.
- ROMEO CASABONA, C.: "El proyecto Genoma Humano: implicaciones jurídicas", en *Ética y Biotecnología, dilemas éticos de la medicina actual* 7 ed (Javier Gafo) Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993.
- RUIZ MIGUEL, C.: "La nueva frontera del derecho a la intimidad", en *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 14, Ed. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco, Bilbao 2001.
- VV.AA.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- VV.AA.: *Conclusiones investigadores IUICP* (año 2010).Ed. IUICP, Madrid, 2010.
- VV.AA.: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, enero-junio, Ed. Facultad de Derecho, Granada, 2007.
- ZAMBRANO GÓMEZ, E.: "La regulación de los ficheros policiales en España y su tratamiento en la Convención de Prüm. La perspectiva de las autoridades nacionales de protección de datos", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 7, enero-junio Ed. Facultad de Derecho, Granada, 2007.

VI. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.
- STS 53/2011, de 10 de febrero
- SSTS de 1-10-2002 [R] 2002, 9351), 18-11-2002 [R] 2002, 9868))
- SSTS de 14-2-2000 [R] 2000\693], 8-3-2000 [R] 2000\1181], 21-5-2001 [R] 2001\7049], 1-10-2002 [R] 2002, 9351) y 18-11-2002 [R] 2002, 9868)).
- SSTS 1311/2005, de 14 de octubre; 179/2006, de 14 de febrero; STS 949/2006, de 4 de octubre. STS 3481/1999
- SSTS 1311/2005, de 14 de octubre; 179/2006, de 14 de febrero; STS 949/2006, de 4 de octubre. STS 3481/1999
- STS 179/2006, de 14 de febrero.
- Documento 5473/07 del Consejo, de 22 de enero de 2007.
- Decisión 2008/616/JAI de 23 de junio de 2008.

Fecha de recepción: 12/07/2012

Fecha de aceptación: 1/09/2012

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES

JOSÉ ANTONIO GARCÍA BORREGO

*Inspector-Auditor de la Secretaría de Estado de Seguridad
Licenciado en Derecho
Master en Ciencias Policiales y de la Seguridad*

FRANCISCO MARTÍNEZ RIVAS

*Prof. Doctor de Derecho Internacional
Universidad Católica San Antonio de Murcia*

RESUMEN

En la investigación de hechos delictivos calificados como graves se puede solicitar del Juez competente la intervención de las comunicaciones efectuadas por los sujetos sometidos a esa investigación en sus distintas modalidades. En el presente artículo se hace un breve estudio de la intervención telefónica, por ser ésta modalidad de investigación la que con mayor frecuencia es utilizada por la policía judicial en la averiguación del delito y del delincuente.

Se realiza desde un punto de vista práctico a tener en cuenta por los encargados de la investigación criminal (policía judicial).

Palabras clave: Derecho Procesal Penal, intervención de las comunicaciones, secreto de las comunicaciones, Policía Judicial, escuchas telefónicas, policía judicial.

ABSTRACT

In the investigation of serious crimes can be qualified as a competent judge request the intervention of the notifications made by the test subjects such research in its various forms. This article is a brief study of the wiretap, as this kind of research, which is most often used by the judicial police in the investigation of crime and the offender. The article studies the practical considerations about responsibility in the criminal investigation (judicial police).

Key words Criminal procedural law, communication interception, secret communications, Judicial Police, wiretapping, judicial police.

I. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES PERSONALES. CONCEPTO

Estas intervenciones son definidas por el TS¹ como

“Unas medidas instrumentales que suponen una restricción del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones y que aparecen ordenadas por el Juez de Instrucción en la fase instructora o sumarial del procedimiento penal, bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique, con la finalidad de captar el contenido de las conversaciones para la investigación de concretos delitos y para la aportación en su caso, de determinados elementos probatorios”.

Doctrinalmente podemos definir como intervención de las comunicaciones más habituales, es decir, la “intervención telefónica” como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez de instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal decide, mediante auto especialmente motivado, que por la Policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su auto². Esta diligencia es la que policialmente se conoce como “escuchas telefónicas”, está regulada en nuestra legislación en el artículo 579 LE-Crim.

Sin embargo existen más clases de intervención de las comunicaciones que pasamos a relacionar:

- Intervención telefónica.
- Intervención de fax.
- Intervención de las comunicaciones telegráficas.
- Intervención de las comunicaciones postales.
- Intervención del correo electrónico.
- Intervención de mensajes a través de redes sociales.
- Intervención de comunicaciones a través de Internet³.

¹ STS 2093/1994, SSTS 246/1995, de 20 de febrero y 711/1996, de 19 de octubre.

² GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (1ª edición), Ed. Colex, Madrid, 2001, págs. 451 y ss.

³ Videoconferencia, Chat u otras.

- Intervención de otras clases de comunicación: sms, bluetooth, WhatsApp, Viber o similares que puedan surgir en el desarrollo de la ciencia de la comunicación.

La presente relación, que no es una lista cerrada, no significa que existan tantos procedimientos legales como clases de intervención, pues exclusivamente están regulados dos formas de intervención a las que deben adaptarse cada una de ellas; a saber, la intervención telefónica y la detención de la correspondencia que deberán realizarse de diversa forma:

- *Comunicación postal y telegráfica*: La diligencia consistirá en interceptarla, procediendo a su detención, apertura y examen.
- *Comunicación telefónica*: Es la intervención más habitual, ya sea de telefonía fija o móvil, consiste en fiscalizar, observar o escuchar la conversación que tenga lugar por este medio.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

Es cierto que el secreto de las comunicaciones constituye un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su artículo 8, que constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2, reconoce de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias de la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según la reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH⁴.

Este derecho no es, sin embargo, absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación⁵. Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que incluye su investigación y su castigo, orientado por fines de prevención general y especial, que constituye un interés constitucionalmente legítimo.

El derecho al secreto de las comunicaciones ampara a toda persona física o jurídica. Lo que se protege es la comunicación no lo comunicado, que podrá ser difundido libremente por los partícipes en la relación informativa, salvo que se afecte al derecho a la intimidad. Es por ello, un derecho, el del secreto a las comunicaciones de carácter rigurosamente formal. En consecuencia

⁴ Vid. STS núm. 77/2007, de 7 febrero.

⁵ Vid. Art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

*"la agresión a la intimidad, se produce por la interceptación y captación de las conversaciones telefónicas, pues éste es el momento en que verdaderamente se lesiona el bien jurídico protegido y se afecta a la indemnidad moral de los sujetos sometidos a vigilancia y escucha. No es necesario que el contenido de las conversaciones se difunda, divulgue o revele"*⁶.

Si de la difusión se producen, además, daños se podrán dirigir la acción civil o penal contra los autores, según corresponda en cada caso.

En definitiva, una cosa es la intervención y otra, la divulgación de lo intervenido. En el primero de los casos se afecta el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones citado y, en el segundo, el derecho fundamental a la intimidad familiar y personal, que se verá afectado, dependiendo del contenido de tales comunicaciones. De forma y manera que si lo comunicado es una cuestión intrascendente para la intimidad de ambos comunicantes o, incluso de terceros, este segundo derecho fundamental no se verá afectado.

Pero estos derechos fundamentales no son absolutos, sino que la Constitución Española y la legislación reconocen su limitación en ciertos casos y siguiendo el procedimiento establecido.

De esta forma se puede limitar el derecho al secreto a las comunicaciones personales por:

- 1º Resolución judicial.
- 2º La declaración de los estados de excepción y sitio⁷.
- 3º La actuación en el procedimiento contra bandas armadas⁸.

En otro caso, constituiría delito previsto en el Código Penal, tanto si son cometidas por particulares como por funcionarios, de acuerdo a los siguientes artículos: 197, 198 y 536

III. REQUISITOS PARA SU ADOPCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como internamente el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han calificado reiteradamente como insuficiente la regulación legal de las escuchas telefónicas en la legislación española, manifestando la necesidad urgente de ampliación de esta normativa⁹. Cuestión que sigue sin resolver, a pesar de la última regulación que ha tenido en la legislación es-

⁶ STS Núm. 367/2001 de 22 marzo, (caso escuchas del CESID).

⁷ Vid. Art. 55.1 CE.

⁸ Vid. Art. 55.2 CE.

⁹ Vid., entre otras, SSTEDH de 30 julio de 1998 (caso Valenzuela contra España), 18 de febrero 2003 (caso Prado Bugallo contra España) y la STS de 22 de enero de 2003.

pañola a través del RD 464/05, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

Esta insuficiente regulación legal está siendo suplida por los requisitos incluidos por la jurisprudencia para la adopción de la interceptación de las comunicaciones, a saber:

- 1) Judicialidad de la medida.
- 2) Excepcionalidad de la medida.
- 3) Proporcionalidad de la medida.

La nota de la judicialidad, significa que sólo la autoridad judicial, como garante esencial de los Derechos y Libertades Fundamentales, puede acordar las limitaciones de los Derechos Fundamentales, entre los que se encuentran el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Por lo tanto, no cabe la autorización por parte del Ministerio Fiscal ni de la Policía Judicial en Diligencias de Investigación.

Resumidamente, de esta nota se derivan las siguientes consecuencias:

- a) Que solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad. Esta competencia va desde el acuerdo hasta el necesario *control judicial efectivo* en la ordenación, desarrollo y cese de la medida; control, que dado el desconocimiento por parte del afectado, ha de ser sumamente riguroso¹⁰.
- 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 pre-delictuales 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) Que al ser una medida de exclusiva concesión judicial, ésta 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) Que es una medida temporal, el propio artículo 579.3 de la LECrim fija el período de tres meses, sin perjuicio de prórroga.
- f) Que el principio de la fundamentación de la medida, abarca no sólo el acto inicial de la intervención, sino también a las sucesivas prórrogas.
- g) Que 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

¹⁰ Vid. SSTs de 26 de enero de 1996, 19 de diciembre de 1995 y STC núm. 49/96.

remisión de las grabaciones íntegras y su original al Juzgado, sin perjuicio de la transcripción mecanográfica efectuada por la Policía o por el Secretario Judicial, ya sea esta íntegra 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 grabaciones y su validez descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones originales en la sede judicial y a disposición de las partes, pero que desde ahora se declara que las transcripciones escritas no constituyen un requisito legal¹¹.

Merece, entre estas consecuencias realizar un análisis de las consideradas más importantes:

1. Motivación del auto¹²: considerado más que importante esencial en la adopción de medidas que restringen cualquier derecho fundamental. Tanto es así, que si la intervención no se adopta por esta forma y no está suficientemente motivado se entiende afectado un derecho fundamental y por lo tanto ineficaces las pruebas obtenidas a consecuencia de ello. Para que un auto esté suficientemente motivado debe contener con absoluta precisión el objeto de la intervención que comprende:
 - a) A la *persona* respecto de la cual se acuerda, que normalmente será el imputado, pero que puede acordarse respecto de otras personas siempre que directa y determinadamente estén relacionados con los hechos delictivos¹³.
 - b) Los *medios* de comunicación a los que alcanza la medida
 - c) La *modalidades* de intervención. Es decir, si afecta a las comunicaciones que reciba o realice o a ambas, si es preciso grabar las conversaciones o basta con anotar las llamadas, etc.

La fundamentación deber ser formal —en forma de auto— y material, esto es, teniendo en cuenta el juicio de necesidad de la intervención, el juicio de idoneidad y el juicio de proporcionalidad¹⁴.

Tanto es así, que el TC viene afirmando que forman parte del contenido esencial del artículo 18.3 de la CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el

¹¹ Vid. STS de 17 de marzo de 2004. En este párrafo se ha sustituido el término "cinta" por grabación, debido a que en la actualidad este material se ha dejado de utilizar.

¹² La motivación está impuesta de modo genérico por el artículo 120.3 de la CE y ampliado por el artículo 248.2 de la LOPJ.

¹³ Vid. STS de 25 de junio de 1993.

¹⁴ Vid. SSTC núm. 299/2000, de 11 de diciembre; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre y 261/2005, de 24 de octubre.

juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción¹⁵.

Consideración importante a tener en cuenta es que la jurisprudencia ha aceptado como complemento e integración de la resolución judicial, la remisión explícita a las razones expuestas por la Policía en su solicitud¹⁶.

En el supuesto de prórroga, se exige igualmente una fundamentación propia de cada resolución "de prórroga", sin posibilidad de remitirse a la fundamentación inicial de la medida, evitándose así aquéllas que sean indiscriminadas¹⁷.

2. La autorización debe concederse para investigar un delito concreto, esto es, que en virtud del principio de especialidad no cabe una intervención telefónica para descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos, porque ello sería tanto como extender una autorización en blanco. Se ha matizado que el objeto de la intervención no queda rebasado ni se vulnera el principio de especialidad, cuando en el marco de una intervención para investigar un delito se descubre otro, en cuyo caso y como consecuencia del deber de investigar cualquier *notitia criminis* incidentalmente descubierta, se hace preciso la inmediata comunicación al Juez y una nueva expresa autorización, lo que podría dar lugar a una investigación diferente¹⁸.
3. Estos dos requisitos llevan necesariamente a un tercero que es la "existencia previa de indicios de la comisión de un hecho delictivo". Es necesario para acordarla la existencia de indicios o sospechas racionales del delito que se investigue, y que por ello está en fase de presunción. No puede exigirse certeza de la comisión del delito o de la intervención de persona concreta, pues en tal caso, la medida sería superflua y por tanto desproporcionada para investigar algo de lo que ya se tiene evidencia. Puede exigirse la existencia de "*datos objetivos, serios y contrastados...*" en la solicitud de la intervención, o que "*...se cuente con la noticia racional del hecho delictivo que se quiere comprobar y de la probabilidad de su existencia*"¹⁹. Donde no se puede estar es en el mero campo especulativo, conjeturas o suposiciones. Todo ello lleva a que las escuchas telefónicas pueden solicitarse por los funcionarios policiales no en un momento posterior al descubrimiento del delito, sino como medio de averiguación del mismo y de identificación del autor, siendo suficiente que exista una línea de investigación de un hecho delictivo de importante

¹⁵ Vid. SSTC núm. 197/2009, de 28 de septiembre; 49/1999, de 5 de abril y 299/2000, de 11 de diciembre.

¹⁶ SSTS. 11-5-01 y 16-7-03.

¹⁷ Vid. STC núm. 181/1995.

¹⁸ Vid. STS de 12 de enero de 1995.

¹⁹ Vid. STS núm. 232/98.

trascendencia social que precise de la información que pueda obtenerse con tal medida²⁰.

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 subsidiaridad formando un todo inseparable, que actúa como valla entre el riesgo de expansión que suele tener lo excepcional.

En resumen, significa que sólo será posible la *intervención de las comunicaciones* cuando no exista otro medio de menor incidencia en los derechos fundamentales de la persona para conseguir la finalidad perseguida, esto es la prueba del delito investigado. Por tanto, no es posible en casos de flagrancia delictiva, cuando el delito es ya evidente; además, si existen ya otras pruebas que acrediten el delito y la intervención en él de persona, tampoco deben autorizarse las intervenciones, porque el carácter excepcional de la medida es incompatible con su degradación a medida adicional, y por tanto superflua.

De la nota de proporcionalidad se deriva, como consecuencia de este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar.

Ello significa que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos debe ser directamente proporcionada a la gravedad de estos, por ello, sólo 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 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.

Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delito para cuya investigación está previsto este modelo excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves y, desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada. De alguna manera, puede afirmarse que en un

²⁰ Vid. STS de 3 de octubre de 2000.

riguroso juicio la ponderación concretado en cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida.

Por otro lado, podría ser proporcionada la medida, además de por lo apuntado referido a la penalidad de los delitos investigados, por la alarma social que la comisión de los mismos produce o por la gravedad de los mismos referida a los supuestos autores, caso este último de delitos cometidos por funcionarios. En estos casos debe tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la trascendencia social del hecho concreto.

Por ello, en España se admiten intervenciones telefónicas, también, por "ilícitos penales leves con trascendencia social, como pueden ser "los delitos cometidos por funcionarios" o que "afecten al funcionamiento y al crédito de la Administración del Estado"²¹.

Para respetar el principio de proporcionalidad, según expone muy gráficamente el TS, "Se ha de tener en cuenta la importancia de lo que se busca, más también la importancia de lo que se pisotea como contrapartida"²².

Sin embargo, los requisitos relatados, no deben confundirse con las condiciones para la utilización posterior de lo obtenido como prueba en el juicio.

Estos últimos son requisitos que se refieren al protocolo de la incorporación del resultado probatorio al proceso, que es lo que convertirá el resultado de la intervención en prueba de cargo susceptible de ser valorada. Tales requisitos son:

1. La aportación de las cintas, (en la actualidad grabaciones en cds o disco duro).
2. La transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas.
3. El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue a los funcionarios policiales.
4. La disponibilidad de este material para las partes.
5. La audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional²³.

Por último, la intervención de las comunicaciones se debe realizar en el seno de una investigación judicial ya abierta o que se abra con motivos la petición de la intervención telefónica.

²¹ Vid. STS de 14 de junio de 1993.

²² Vid. STS de 5 de julio de 1993.

²³ Vid. STS núm. 77/2007, de 7 febrero.

En principio no son admisibles las legalmente inexistentes *Diligencias Indeterminadas*, salvo cuando éstas puedan integrarse sin solución de continuidad en unas Diligencias Previas concretas, tal y como ha tenido ocasión de manifestar el TC en diversas ocasiones:

“Por ello hemos considerado que no se quiebra esa garantía cuando, adoptada la medida en el marco de unas diligencias indeterminadas, éstas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, satisfaciendo así las exigencias de control de cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello inaceptable, secreto (SSTC 4/1999, de 5 de abril, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo. En aplicación de la doctrina expuesta hemos considerado, por el contrario, que vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución judicial que autoriza la intervención telefónica, pues con ello se impide el control inicial de la medida en sustitución del interesado, por el garante de los derechos de los ciudadanos”²⁴.

IV. LA INTERVENCIÓN TELEGRÁFICA O TELEFÓNICA. CASUÍSTICA

Si excluimos la intervención telegráfica por ser de menor utilización práctica, podemos decir que la modalidad de intervención telefónica es la más frecuentemente utilizada por la Policía Judicial en su función de auxilio a la autoridad judicial para la investigación de hechos delictivos. Dentro de ella, la modalidad de comunicación a través del teléfono móvil.

Se puede definir como todo acto de investigación, limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por el que el juez de instrucción, en relación con un hecho punible de especial gravedad en el curso de un procedimiento penal decide, mediante auto especialmente motivado, que por la Policía judicial se proceda al registro de llamadas y/o a efectuar la grabación magnetofónica de las conversaciones telefónicas del imputado durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del hecho punible y la participación de su autor²⁵.

Mediante este medio, en principio, de investigación se intercepta la comunicación de una persona concreta realizada con todos los interlocutores, ya sean llamadas entrantes y salientes. La doctrina y alguna sentencia suelen distinguir entre:

- La *intervención* de las comunicaciones como captación del contenido de las mismas: Es el supuesto más restrictivo del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que su objeto es obtener y grabar el contenido de las comunicaciones.

²⁴ Vid. STC núm. 205/2002, de 11 de noviembre.

²⁵ GIMENO SENDRA Y OTROS: *Derecho procesal penal*, Ob. Cit, págs. 451 y ss.

- La *observación* de las comunicaciones: Consiste en el registro de los números marcados, identidad de los interlocutores, hora y duración de las llamadas, sin obtener el contenido de las mismas.

Sin embargo, en la práctica, la más utilizada es la intervención, puesto que los datos que otorga la mera observación son de escasa importancia para averiguar hechos relacionados con el delito investigado. No obstante, si solicitada la intervención es denegada se puede solicitar simplemente la observación con el objeto de abrir líneas de investigación o directamente la observación del mismo objetivo. Así mismo la autoridad judicial, visto el escrito de solicitud policial, puede acordar, en principio, la observación telefónica para obtener más datos que fundamenten la posterior intervención²⁶.

Cuestión distinta son los casos en los que se tiene conocimiento del listado de llamadas de un teléfono móvil con autorización de su titular. En ellos no se precisa autorización judicial, pues no se vulnera derecho fundamental alguno si se realiza únicamente para contrastar los números de teléfono con los que tuvo conexión, entrante o saliente, durante un cierto tiempo²⁷:

“... se dispuso, con carácter complementario y sin efecto decisivo, del listado de llamadas del móvil del recurrente. Esta diligencia no supone ninguna intromisión en el derecho a la intimidad, ya que han sido obtenidas en legal forma y sólo sirven para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones. Este no se ha tenido en cuenta, al no haberse utilizado la autorización judicial, para la escucha de sus pasajes. No existe vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En todo caso la prueba es superflua, en atención a los datos manejados por la sentencia que se recurre. No encontramos posibilidad de declarar su nulidad”.

Se puede afirmar que en la LECrim no se encuentra regulado un procedimiento expreso para la intervención de las comunicaciones telefónicas. Razón por la cual el TEDH²⁸ ha establecido en varias ocasiones que *“adolesce de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el art. 18.3 CE para la protección del*

²⁶ Vid., en este sentido, la STC núm. 26/2006, de 30 de enero, en el que se comenta el caso examinado por el Auto del Juez de Instrucción núm. 42 de Madrid de 15 de diciembre de 2000, donde se denegó la intervención solicitada, porque no había seguridad de la identidad de la persona investigada ni de que el móvil le perteneciera, y porque las referencias sobre la actividad considerada eran genéricas y se autorizó la remisión del listado de los teléfonos que se hubieran marcado, así como de la identidad de sus titulares.

²⁷ Vid. STS de 25 de julio de 2003.

²⁸ Sentencias de 30 de julio de 1998, caso Valenzuela c. España y de 18 de febrero de 2003 caso Prado BUGALLO c. España.

derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el art. 10.2 CE, de acuerdo con el art. 8.1 y 2 CEDH²⁹.

Exclusivamente hace referencia el artículo 579.2 de la LECrim disponiendo que:

"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".

No obstante, el procedimiento y los requisitos para que la intervención de las comunicaciones en general y para la intervención telefónica, en particular, se realice de una forma constitucional y legal ha sido, como se apuntó, definidos por la jurisprudencia. En relación con la intervención telefónica se han de resaltar los siguientes requisitos:

- Cobertura Legal.
- Procedimiento Penal.
- Auto Judicial Motivado.
- Apreciación de indicios delictivos.
- Delimitación subjetiva.
- Delimitación objetiva.
- Duración.
- Proporcionalidad.

En relación a la cobertura legal se puede decir que la posibilidad de realizar intervenciones y observaciones telefónicas se encuentra recogida, en el ámbito interno, en el artículo 570 de la LECrim. Aunque el derecho al secreto a las comunicaciones arranque de nuestro ordenamiento constitucional en su artículo 18.3 e internacionalmente por varios pactos y convenios entre los que cabe destacar:

1. 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..."
2. El Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977, RCL 1977, 894; 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.
3. 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 1979.

²⁹ STC 184/2003, de 23 de octubre.

El procedimiento penal, como ya se estudió en los requisitos generales de intervención de las comunicaciones que su adopción se ha de producir en el marco de diligencias previas, sumario o instrucción del Jurado, no en las llamadas diligencias indeterminadas. Aunque este requisito de legalidad ordinaria no invalida de por sí el acuerdo de la medida si no causa indefensión³⁰.

En cuanto al auto judicial motivado, se ha reflexionado suficientemente sobre la exigencia de éste para la adopción de la medida y no tanto en la apreciación de indicios delictivos que debe apreciar el Juez de Instrucción para que la diligencia de intervención telefónica se encuentre justificada. En este sentido, no son suficiente meras sospechas o conjeturas, sino que deben existir indicaciones o señas objetivos apreciados judicialmente conforme a normas de recta razón, que permitan 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"³¹.

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 descubrir³².

Por otro lado, resaltar que una noticia confidencial no es suficiente como único indicio, para la restricción de los derechos fundamentales, en este caso el secreto a las comunicaciones, de la persona consagrados en la Constitución. La noticia confidencial recibida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrá servir de base para practicar las investigaciones necesarias a fin de confirmarla mínimamente, con el objeto de aportar a la autoridad judicial algo más que la mera información confidencial al solicitar la intervención telefónica del ciudadano o cualquier otra medida que lesione los derechos fundamentales o las libertades básicas del individuo. Sin embargo, por sí sola, la información del confidente anónimo no puede justificar la lesión de esos derechos y libertades cuando no venga respaldada por una mínima confirmación posterior³³.

Importante es de señalar con toda claridad la delimitación subjetiva, esto es la personas o personas sobre la que va a recaer la diligencia que, como se ha afirmado, limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Pues bien, en este sentido el auto que acuerde la intervención telefónica debe fijar sin ningún género de dudas "el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas/observadas"³⁴.

³⁰ Vid. STS núm. 20/1996, de 28 de marzo y STS núm. 467/1998, de 3 de abril.

³¹ Vid. Auto TS de 18 de junio de 1992.

³² Vid. SSTS núm. 1448/1997, de 24 de noviembre y núm. 1075/1998, de 23 de septiembre.

³³ Vid. STS Núm. 263/2003, de 19 de febrero.

³⁴ Vid. Auto de 18 de julio de 1992.

Dichas personas pueden ser todas aquellas contra las que existan indicios de responsabilidad criminal, que es la forma más genérica que se establece en el artículo 579.3 de la LECrim, aunque el punto 2 de ese mismo artículo limita esta posibilidad de intervención a los "procesados", donde se deben incluir los imputados o inculpados en un procedimiento penal.

En cuanto a los números de teléfono es indiferente que sean de titularidad o no de los sometidos a la diligencia de intervención telefónica, basta que existan indicios que dichos números son utilizados para la realización delictiva. En este sentido se han admitido las intervenciones de las parejas sentimentales³⁵ e incluso la intervención de teléfonos de empresas³⁶ y de servicio público³⁷.

En otro orden de cosas, especificar de una manera cierta lo que se ha nombrado como delimitación objetiva o también llamado el requisito del *principio de especialidad* según el cual el auto que acuerde una intervención de este tipo debe reflejar el tipo o tipos delictivos que están siendo investigados en ese caso concreto. Esta materialización es fundamental para la fiscalización del principio de proporcionalidad mencionado en donde se debe analizar la gravedad del delito investigado en contraposición con el derecho fundamental afectado. Se debe tener presente que sólo cabe la intervención para descubrir delitos graves, no en general, sino en función de las circunstancias concretas concurrentes, es decir, excluyéndose los delitos que no lo son, y, obviamente, las faltas.

Merece un detenimiento especial los casos que la jurisprudencia ha venido en llamar *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. En ambos casos, la Policía Judicial dará cuenta inmediatamente al Juez que autorizó la intervención a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva o continúe con las actuaciones ampliando el auto de intervención de las comunicaciones para los nuevos delitos descubiertos³⁸ o dictando una nueva y 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.

³⁵ Vid. STS núm. 606/1994, de 18 de marzo.

³⁶ Vid. STS núm. 787/1994, de 18 de abril.

³⁷ Vid. STS núm. 787/1994, de 18 de abril.

³⁸ Vid. STS núm. 1424/1993, de 18 de junio y STC núm. 49/1996.

Acordada la intervención no puede realizarse *sine die*, sino que la LECrim establece un plazo máximo de tres meses con sucesivas prórrogas del mismo periodo de tiempo. Que sea el plazo máximo no quiere decir que se deba acordar en todos los casos, al contrario, se debe motivar caso por caso la duración de la intervención y se debe motivar de la misma forma que el auto de adopción las sucesivas prórrogas, evitando prórrogas indiscriminadas³⁹.

El Tribunal Constitucional, establece que ese plazo debe contarse desde la fecha del Auto que acuerda la intervención telefónica, cuestión que se debe tener en cuenta a la hora de solicitar las sucesivas prórrogas:

*"La conclusión, a la vista de todas las consideraciones realizadas hasta el momento, es que, en el caso de autos, se ha producido, efectivamente, una lesión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Si partimos de la premisa de que el cómputo previsto de un mes en el Auto del Juzgado de Instrucción 6 de Marbella que autoriza la intervención de un teléfono móvil comienza a correr ese mismo día, se ha producido una injerencia que no cuenta con cobertura legal entre los días 2 y 6 de septiembre de 1996, en cuya fecha se autorizó la prórroga de la medida adoptada en su día. Por tanto, dado que la interceptación telefónica realizada en ese concreto lapso temporal carece de cobertura judicial, debe entenderse que es nula y, por ello mismo, que las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios"*⁴⁰.

Por último, la proporcionalidad que aunque ha sido comentada anteriormente merece de nuevo un breve análisis. Para que una intervención telefónica sea adecuada y respete este principio se deben dar tres requisitos:

a) *Juicio de idoneidad*: Esto es aptitud de la medida para la consecución del objetivo perseguido con exclusión del empleo de otra más moderada para la consecución del objetivo que se persigue.

b) *Juicio de necesidad*: En el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para la persona afectada.

c) *Juicio de proporcionalidad*: Comparativa entre el derecho que se afecta 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.

La Policía Judicial en sus *solicitudes* de observación e intervención de las comunicaciones deberá hacer constar los siguientes puntos:

- Titular del teléfono.
- Número de teléfono.

³⁹ Vid. SSTC núm. 181/1995, núms. 49 y 171/1999, y STS núm. 121/1998, de 7 de febrero.

⁴⁰ Vid. STC de 18/7/2005

- Compañía operadora y medio (fijo o móvil).
- Sujeto pasivo de la intervención (puede ser distinto del titular).
- Tipo de intervención que se solicita (observación, intervención o ambas).
- Otros datos que se solicitan, como pueden ser ubicación del repetidor utilizado por el teléfono intervenido, número de *imei* del citado teléfono, mensajes de texto, etc.
- Motivación de la misma.
- Lugar donde se pretende materializar la intervención y funcionarios responsables de la investigación.
- El hecho que se procedería a la intervención, observación, escucha y grabación de las conversaciones telefónicas de los citados números, mediante el sistema informático conocido como SITEL.
- Propósito de realizar selección y transcripciones de los pasajes más relevantes.

Del resultado de la intervención los funcionarios policiales que la lleven a efecto deberán dar *cuenta oportunamente* y de forma periódica (puede ser cada 15 días o en un periodo inferior según usos del juzgado) al Juez que la ordenó (de este modo controla la medida y comprueba que la necesidad de la misma se mantiene) y, en todo caso, al finalizar la misma.

Finalmente los soportes de las *grabaciones originales* se incorporarán a los autos y el contenido de las mismas, si así se acuerda, serán transcritas en un acta bajo fe del Secretario, que se convierte en protagonista de legalidad para recibir cintas⁴¹ y ayudar al Juez en la selección de los pasajes esenciales de la investigación, con intervención de las partes comparecidas en el proceso⁴².

En varias sentencias⁴³ se trata la *innecesidad de la transcripción íntegra* de las intervenciones telefónicas:

“Las cintas originales grabadas fueron entregadas íntegras en el Juzgado, hallándose las mismas en todo momento, a disposición de las partes, limitándose — como debe ser — la transcripción, debidamente cotejada por el Secretario Judicial a las conversaciones relevantes para la causa, pues aquellas que no lo son no deben quedar afectadas en su intimidad mediante transcripciones innecesarias que puedan divulgar su contenido de modo injustificado dada su irrelevancia penal, sin perjuicio de que consten en las cintas originales para las comprobaciones oportunas y de que puedan ser transcrita alguna de ellas a solicitud de las partes si las estiman necesarias para la defensa de sus intereses o bien, preferiblemente, interesar su audición para el acto del juicio oral”.

⁴¹ Se debe entender los soportes originales, en la actualidad cds.

⁴² Vid. SSTS de 22 de enero de 2003, 26 de octubre de 1995, 22 de septiembre de 1993, 21 de febrero de 1991 y 5 de noviembre de 2001.

⁴³ Vid. SSTS de 3 de diciembre de 1999, 28 de mayo de 2001 y 25 de octubre de 2002.

Además, la solución de transcribir la totalidad de las comunicaciones intervenidas por parte de la Policía Judicial, supondría un colapso en las unidades de investigación que iría en detrimento del trabajo operativo; ralentizaría el procedimiento y la oportuna cuenta al Juez competente; y, además, aumentaría la incidencia contra el derecho a la intimidad si, además de escuchar conversaciones no relevantes para los delitos investigados, después son transcritas.

Por otra parte, está previsto constitucional y legalmente que se puedan intervenir teléfonos en circunstancias especiales sin participación judicial, como es en los *estados de excepción y sitio*, y por actuación de *bandas armadas o delitos de terrorismo*⁴⁴. Esta posibilidad está regulada en el artículo 597.4 de la LECrim:

“En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de actos 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”.

En este orden de cosas, el artículo 18 de la Ley que regula los *estados de alarma, excepción y sitio* determina:

1. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 18.3 C.E., la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas o telefónicas. Dicha intervención sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público.
2. La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al juez.”

Tienen regulación especial además las intervenciones telefónicas en el *proceso penal militar*, regulada en el artículo 188 de la LO 2/1989, estableciendo que las grabaciones o filmaciones serán entregadas inmediatamente al Juez que hubiere acordado la intervención, quién para la audición o visión estará a lo dispuesto ara la lectura de la correspondencia.

Igualmente, las comunicaciones de los internos en establecimientos penitenciarios pueden, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, ser restringidas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento:

1. Los internos autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acre-

⁴⁴ Vid. Art. 55.1 CE

ditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

2. Las comunicaciones de los internos con el abogado defensor o con el abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los procuradores que lo representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los asistentes sociales y con sacerdotes o ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento⁴⁵."

A colación de lo anterior merece un breve comentario la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que anula las escuchas realizadas dentro de la investigación del "caso gürtel" acordadas por el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional.

Lo que se analiza en la misma es, si las intervenciones de la comunicaciones se hacen extensivas a las consultas del imputado con su abogado. Según relata el artículo y es doctrina asentada, la repuesta debe ser necesariamente afirmativa, pero sin olvidar que entonces hay otro factor a tener en cuenta a la hora de autorizar motivadamente las escuchas y es el *secreto profesional abogado-cliente* y no solo el secreto de las comunicaciones.

El secreto profesional abogado-cliente es un pilar básico en una relación profesional que se define como relación de confianza. ¿Cómo podría esperar un profesional que la gente confíe en él cuando su cliente no tiene garantías de que lo que le cuente no será divulgado o conocido por cualquier tercero? Hasta tal punto se protege la confianza entre cliente y abogado que, además del secreto profesional legalmente impuesto, el abogado está exento del deber de denunciar aquellos hechos conocidos en el ejercicio de su profesión o testificar contra un cliente sobre los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor⁴⁶.

Así, para el supuesto de que las intervenciones telefónicas (cuya aplicación según reiterada doctrina debe hacerse con carácter restrictivo) se extiendan a las comunicaciones con su abogado, afectando en consecuencia, no sólo a los Derechos

⁴⁵ Vid. RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁴⁶ Vid. Art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Fundamentales a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, sino incluso al de Defensa, debe existir razones de peso que justifiquen o hagan posible defender la proporcionalidad de tan extrema medida. Ejemplos serían las razones de Estado que se dan por ejemplo en los casos de terrorismo y en otros casos que lo acuerde la autoridad judicial motivadamente. En caso contrario las escuchas serían anuladas.

Esto es, precisamente, lo que ha pasado con el mencionado caso gürtel en el que el Tribunal Superior de Justicia estima que esas escuchas son "ilícitas" por vulnerar el derecho fundamental a la defensa. El Juzgado Núm. 5 del Juzgado Central de Instrucción autorizó la interceptación indiscriminada de todas las conversaciones que F.C., P.C. y A. S. mantuvieran en los locutorios de la prisión de Soto del Real con cualesquiera abogados que les asistiesen, sin especificar qué sospechas o indicios de criminalidad autorizaban a invadir la confidencialidad de la relación entre defensor y cliente.

V. CASUÍSTICA

1. Autoinjerencia o bugging: Es el caso de las grabaciones magnetofónicas realizadas por un agente de la Policía Judicial autorizado como agente encubierto⁴⁷. Es igualmente admisible si esa grabación va acompañada de imágenes de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo. Del mismo modo que nada se opone a que los funcionarios de Policía hagan labores de seguimiento y observación de personas sospechosas, sin tomar ninguna otra medida restrictiva de derechos, mediante la percepción visual y directa de las acciones que realiza en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto. No existe inconveniente para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que completamente y tome constancia de lo que sucede ante la presencia de los agentes de la autoridad.

Incluso, cabe la posibilidad de que el interlocutor de una comunicación la grabe con la finalidad de difundirla posteriormente. Según el TC no hay secreto de las comunicaciones para aquél a quien se dirige la misma, ni por grabarla se contraviene el artículo 18.3 de la CE que protege el secreto de las mismas, así como tampoco si se escucha mediante un altavoz y hay alguien presente. Si existe un deber de reserva, en función del contenido de la conversación, que afectaría al artículo 18.1 de la CE (derecho a la intimidad) si se difundiera públicamente. Cabe por tanto que el destinatario de la comunicación, la grabe y posteriormente denuncie hechos delictivos apoyándose en la grabación.

⁴⁷ Vid. STS de 15 de diciembre de 1998.

2. La *escucha accidental* por parte de los agentes de la Policía Judicial: En este caso un Guardia Civil que oye una conversación mantenida por los intervinientes en un alijo de drogas o también la escucha de la conversación telefónica, ya sea en teléfono móvil o en cabina pública, en la que el intercomunicador no pone recelos en ser escuchado por los viandantes, uno de ellos Guardia Civil que capta información para llevarla al sumario⁴⁸.

3. Tampoco se considera intervención telefónica ilegal el hecho de que tras el registro de un vehículo, sonase el *teléfono de quien ya estaba detenido* por tenencia de drogas, y fue un Guardia Civil quien, sin identificarse, recibió la información correspondiente emitida por el llamante. En esos casos es, en principio, discutible entender la ilegitimidad constitucional de la conversación telefónica obtenida, entre otras cosas porque la persona llama presumiblemente ha de conocer la voz de quien se pone al teléfono o de la que iba a ser la destinataria de la llamada.

4. En cuanto al empleo del escáner por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es una cuestión que, no está regulada en ninguna disposición ni ha sido tratada con suficiencia por la jurisprudencia. No obstante, se deben diferenciar dos casos:

- La escucha y posterior grabación de las conversaciones entre dos personas que utilizan teléfonos móviles para lo cual, es indudable que se requiere autorización judicial previa el empleo de cualquier técnica que permita la injerencia⁴⁹.
- Su utilización para la captación del IMSI⁵⁰ obtenido por los agentes de la Guardia Civil, pero que una vez lograda la serie alfanumérica, se instó de los respectivos operadores —ahora sí, con autorización judicial— la identificación de los números de teléfono que se correspondían con esos IMSI y su consiguiente intervención⁵¹.

5. En el caso de la *lectura del mensaje grabado en un móvil*, que ya había sido leído por su destinatario —en ese momento detenido—, por parte de la policía, durante la realización de una entrada y registro, no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la CE, sino que tiene que ver con el secreto a la intimidad, en ese momento restringido en base al auto judicial habilitante de la entrada y registro⁵².

Otra cosa distinta, sería el acceso a la información almacenada no en el domicilio del investigado y, como tal accesible, según las circunstancias en diligencia de

⁴⁸ Vid. STS núm. 591/2002, de 1 abril.

⁴⁹ Vid. STS núm. 137/1999.

⁵⁰ Es el acrónimo de International Mobile Subscriber Identity (Identidad Internacional del Abonado a un Móvil). Es un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, integrado en la tarjeta SIM, que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS.

⁵¹ Vid. STS núm. 249/2008, de 20 mayo.

⁵² STS 27 de junio de 2002.

entrada y registro, sino en los sistemas informáticos de un proveedor de telecomunicaciones o servidor de internet, que requerirá de previa autorización judicial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ F.: *Intervención del Abogado ante la Policía Judicial*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ J.R Y RÍUS DIEGO F.J.: *La entrada y registro en lugar cerrado, consideraciones procesales, jurisprudenciales y policiales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ J.R Y RÍUS DIEGO F.J.: *La entrada y registro en lugar cerrado, consideraciones procesales, jurisprudenciales y policiales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- ANADÓN JIMÉNEZ M.A.: "La recogida de pruebas en relación al proceso penal por la Policía Judicial" en *La Ley*, número 4900, de octubre, Madrid, 1999.
- ARAGONES ALONSO P.: *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Ed. Gráficas Encinas, Madrid, 1979.
- BOIX REIG J.: "*Policía y Administración de Justicia*", I Seminario de colaboración institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de la Policía (actual Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil), Santander, 1989.
- CABO MANSILLA J.M.: *El atestado policial. Diligencias básicas*. 3ª Edición. Ed. Dirección General de la Policía (y de la Guardia Civil), Madrid, 1991.
- CALDERÓN CEREZO A. Y CHOCLÁN MONTALVO J.A.: *Derecho Procesal Penal, adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- CLIMENT DURÁN C.: *Sobre la intervención del Secretario Judicial en el registro domiciliario*. Ed. Consejo General del Poder Judicial, nº 31, Madrid, 1993.
- COMISIÓN NACIONAL DE COORDINACIÓN DE LA POLICÍA JUDICIAL.: *Criterios para la práctica de diligencias por la Policía Judicial y sobre los "juicios rápidos*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2005 (reimpresión 2006).
- DELGADO MARTÍN J.: *Criminalidad organizada*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- ESCALANTE CASTARROYO J.: (COORDINADOR), COBO PLANA J., MARCHAL ESCALONA A.N., PEREIRA CUADRADO A. Y SAN ROMÁN PLAZA C.J.: *Manual del Policía*, 5ª Edición, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- ESQUIROL ZULOAGA I.: "El Atestado", en *La actuación de la policía judicial en el proceso pena*", (Martín García P., Director), Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2006.
- FAIREN GUILLÉN V.: "Sobre las Policías judiciales españolas", en *Revista de Derecho Procesal* 1/95, Ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- GARCÍA BORREGO J.A. Y FERNÁNDEZ VILLAZALA T.: *Derecho Procesal Penal para la Policía Judicial*, Ed. Dykinson en coedición con el Ministerio del Interior, Madrid, 2010.
- GARCÍA BORREGO J.A. Y FERNÁNDEZ VILLAZALA T.: *Introducción al derecho Procesal Penal (especialmente dirigido a Policía Judicial y Criminólogos*, Ed. Dykinson en coedición con el Ministerio del Interior, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Ed. Colex, Madrid, 1997.

- GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V. Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (1ª edición), Ed. Colex, Madrid, 2001.
- GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V., ALMAGRO NOSETE J., Y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.: *Derecho Procesal, Tomo II, El Proceso Penal*, (3ª edición), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991.
- GIMENO SENDRA V.: *Introducción al Derecho Procesal* (4ª Edición), Ed. Colex, Madrid, 2006.
- GÓMEZ COLOMER J.L.: *El Proceso Penal Español (Para Agentes de la Autoridad, Criminólogos y no Juristas en general)*, (2ª edición), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
- GÓMEZ DE LIAÑO F.: *El Proceso Penal*, (2ª edición), Ed. Forum, Oviedo, 1989.
- GRANADOS PÉREZ C.: "Presente y futuro de la Policía Judicial", en *Cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 4, Ed. Dirección General de la Guardia Civil, Madrid, 1990.
- LANZAROTE MARTÍNEZ P.: *La autonomía del Ministerio Fiscal en el Proceso Penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
- MARCHAL ESCALONA A.N.: *El atestado, inicio del proceso penal*, (4ª Edición), imprime artes gráficas COYVE, S.A., Madrid, 2003.
- MARTÍN ANCÍN F. Y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ JR.: *Metodología del Atestado Policial. Aspectos Procesales y Jurisprudenciales*, 4ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ PÉREZ R.: *Policía Judicial y Constitución*, Ed. Aranzadi en coedición con el Ministerio del Interior, Navarra, 2001.
- MIRANDA ESTRANPES M.: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MORENO CATENA V.M.: *El secreto en la prueba de testigos del Proceso Penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1980.
- OLIVA SANTOS DE LA A., ARAGONESES MARTÍNEZ S., HINOJOSA SEGOVIA R., MUERZA ESPARZA J. Y TOMÉ GARCÍA J.A.: *Derecho Procesal Penal*, Colección Ceura, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PEDRAZ PENALVA E.: "Algunas reflexiones sobre la Policía y Administración de Justicia", I Seminario de colaboración institucional entre la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y la Dirección General de la Policía (actual Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil), Santander, 1989.
- PÉREZ ARROYO M.R.: "La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto: la validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho Penal y Procesal Penal (I)", en *La Ley*, número 4987, de fecha 8 de febrero, Madrid, 2000.
- PONS VIVES A.: "La detención", en la obra *La actuación de la policía judicial en el proceso penal*, realizada por MARTÍN GARCÍA (director), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ L. Y GUTIÉRREZ DE GABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA E.: *Derecho Procesal Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.
- QUERALT J.J. Y JIMÉNEZ QUINTANA E.: *Manual de Policía Judicial*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- RIUS DIEGO F.J.: *Análisis policial del Código Penal*. Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- RIVES SEVA A.P.: "La prueba en el proceso penal. Apuntes jurisprudenciales", en *Actualidad Penal*, número 32, de septiembre, Ed. La ley, Madrid, 1995.

- SOLÍS NAVARRO P., MOURE COLÓN F., VARGAS CAMACHO P.A. Y GARCÍA BORREGO J.A.: (3ª edición): *Actuaciones de la Policía Judicial para el Proceso Penal*, Ed. Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 2007.
- TORRES DEL MORAL, A.: "Libertades públicas y Fuerzas de Seguridad", incluido en el XV seminario "Duque de Ahumada", titulado *Constitución y Seguridad Pública: una reflexión a los veinticinco años*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2005.
- UTRILLA HERNÁN R.: *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Ed. Centro de estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, 1999.
- VALENCIA MIRÓN A.J.: *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª Edición, Ed. Comares, Granada, 2007.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ C. Y SERRANO TÁRRAGA M.D.: *Derecho Penal Juvenil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.
- VV.AA., Coordinador DELGADO MARTÍN J.: "La investigación Policial", en *Los Juicios Rápidos; Análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, Ed. Colex, Madrid, 2002.
- VV.AA.: *Diccionario básico jurídico*, (5ª edición), Ed. Comares, Granada, 1997.
- VV.AA.: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de Tráfico de drogas*. Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- VEGAS TORRES J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Fecha de recepción: 09/07/2012

Fecha de aceptación: 1/09/2012