



**FACULTAD DE DERECHO**

**EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES  
EN EL PROCESO PENAL**

Autora: María Alonso Fernández

Tutora: Cristina Carretero González

Madrid

Abril, 2014

**María  
Alonso  
Fernández**

**EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL PROCESO PENAL**



## ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES .....</b>                              | <b>8</b>  |
| <b>1.1 Concepto y fundamento .....</b>   | <b>8</b>  |
| <b>1.2 Titularidad.....</b>  | <b>10</b> |
| <b>1.3 Eficacia .....</b>  | <b>11</b> |
| <b>1.4 Comunicaciones reguladas.....</b>   | <b>11</b> |
| 1.4.1 Postales.....  | 11        |
| 1.4.2 Telegráficas.....  | 12        |
| 1.4.3 Telefónicas.....   | 12        |
| 1.4.4 Internet.....  | 13        |
| <b>2. VULNERACIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES .....</b>                            | <b>13</b> |
| <b>2.1 Regulación .....</b>  | <b>13</b> |
| <b>2.2 Casos excepcionales .....</b>   | <b>15</b> |
| 2.2.1 Suspensión de derechos .....   | 15        |
| 2.2.2 Comunicaciones de los internos en centros penitenciarios.....                      | 16        |
| 2.2.3 Servicios de telecomunicaciones .....  | 17        |
| 2.2.4 Concursados y quebrados.....   | 17        |
| 2.2.5 Consentimiento.....  | 18        |
| <b>3. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES .....</b>                                       | <b>18</b> |
| <b>3.1 Regulación .....</b>  | <b>18</b> |
| <b>3.3 Requisitos de la intervención .....</b>   | <b>19</b> |
| 3.3.1 Jurisdicción exclusiva y procedimiento legalmente establecido.....                 | 19        |
| 3.3.2 Indicios delictivos existentes .....   | 21        |
| 3.3.3 Principio de proporcionalidad .....  | 21        |
| <b>3.4 La resolución judicial.....</b>   | <b>23</b> |
| <b>3.5 Hallazgos casuales.....</b>   | <b>24</b> |
| 3.5.1 Ámbito objetivo.....   | 25        |
| 3.5.2 Ámbito subjetivo.....  | 26        |
| <b>4. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS .....</b>   | <b>27</b> |
| <b>4.1 Caracteres generales.....</b>   | <b>27</b> |
| <b>4.2 Aspectos procesales.....</b>  | <b>32</b> |
| 4.2.1 Requisitos en la fase de instrucción.....  | 32        |
| 4.2.2 Requisitos en el juicio oral.....  | 37        |
| <b>4.3 Casos de ilegalidad o nulidad .....</b>   | <b>42</b> |
| 4.3.1 La prueba ilícita.....   | 42        |
| 4.3.3 Fase del proceso para debatir la validez probatoria.....                           | 45        |
| 4.3.4 Impugnación de la nulidad de la prueba.....  | 46        |
| <b>4.4. Análisis jurisprudencial.....</b>  | <b>48</b> |
| <b>5. BREVE REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES<br/>EN INTERNET .....</b> | <b>50</b> |
| <b>5.1 La forma de intervención .....</b>  | <b>50</b> |
| <b>5.2 Intervenciones ilícitas.....</b>  | <b>51</b> |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>  | <b>53</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>56</b> |

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CP: Código Penal.

Excmo.: excelentísimo.

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

Rec.: Número del recurso de casación.

RJ: Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

## **RESUMEN:**

Las cuestiones discutidas en este trabajo son el derecho al secreto de las comunicaciones en el marco constitucional y su vulneración. Se profundizará en el supuesto de su vulneración para poder centrar la atención en la intervención de las comunicaciones como excepción a este derecho, ubicando este tipo de medidas en el proceso penal. Dentro de la injerencia del secreto de las comunicaciones, van a ser claves la regulación, los requisitos necesarios y los hallazgos casuales. En concreto, se van a explicar las intervenciones telefónicas, haciendo referencia a sus aspectos procesales y a la ilegalidad de las pruebas; y se hará una breve alusión a las intervenciones en Internet. Igualmente, va a tener gran relevancia la jurisprudencia desarrollada al respecto por los Tribunales Supremo y Constitucional, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

**Palabras clave:** secreto, comunicaciones, proceso penal, intervención, prueba, hallazgos casuales, TEDH, teléfono, Internet.

## **ABSTRACT:**

The issues discussed in this paper are the right to secrecy of communications in the constitutional framework and its infringement. The case of infringement will be studied in depth in order to focus the attention on the communication intervention as an exception to this right, locating these kind of measures in the criminal process. Within the interception, it will be fundamental the regulation, the necessary requirements and the incidental findings. Specifically, it will be explained the telephonic interventions, making reference to their procedural aspects and the illegality of the evidence; and it will be done a brief summary about the interventions on the Internet. It will be so relevance as well, the jurisprudence developed by the Supreme and Constitutional Court of Justice, and the European Court of Human Rights (ECHR).

**Keywords:** secrecy, communications. criminal process, intervention, evidence, incidental findings, ECHR, telephone, Internet.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo va a tratar sobre el derecho al secreto de las comunicaciones en el proceso penal. La razón de la elección de este tema ha sido la importancia actual de las comunicaciones y su gran desarrollo que hace que haya una interesante regulación jurídica, que ha tenido que ir adaptándose a esta situación tanto desde el punto de vista del Derecho en sí mismo, como desde el punto de vista de su vulneración y la posibilidad de intervención, una vez ya enfocado al proceso penal.

En los últimos años ha tenido lugar un gran avance de las tecnologías y de los progresos técnicos. Esto ha supuesto la aparición de nuevas formas de comunicación, tales como los teléfonos móviles y el correo electrónico de Internet. Las nuevas formas de comunicación conllevan también nuevos posibles ataques en este tipo de comunicaciones, lo que significa que debe hacerse una redefinición de la protección jurídica y su adaptación así a la nueva realidad.

En cuanto a los antecedentes, el secreto de las comunicaciones no fue tratado por ninguna Constitución hasta la de 1978, ni siquiera por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) de 1882. Anteriormente, solo se había regulado con normativas de rango inferior, como el Fuero de los españoles<sup>1</sup>. En este contexto, España había firmado instrumentos internacionales sobre la materia tales como: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup> (1966) y Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>3</sup> (1950). Asimismo, fue destacable la normativa en este área en los años ochenta con el ascenso terrorista y más recientemente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>4</sup> (TEDH) y la Carta de los

---

<sup>1</sup> Fuero de los españoles, de 1945, artículo 13: Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y secreto de la correspondencia.

<sup>2</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre 1966, artículo 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

<sup>3</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, artículo 8: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

<sup>4</sup> Thomson Reuters, Reforma penal, <http://www.reformapenal.es/2011/12/16/analisis-y-casuistica-en-el-ambito-del-derecho-al-secreto-de-las-comunicaciones/>, marzo 2014.

Derechos Fundamentales de la Unión<sup>5</sup> (2000). Y, por supuesto, hay que hacer mención a la reforma del artículo 2 de la LECRIM<sup>6</sup>, llevada a cabo en 1988, que sería clave para regular la intervención de las comunicaciones.

Con respecto a la estructura del trabajo, va a dividirse en dos partes. La primera parte va a comenzar con la definición de este derecho, haciendo referencia al concepto y fundamento, titularidad, eficacia y tipos de comunicaciones. Todo ello, con el fin de tener una visión global de los aspectos más importante del mismo y poder entender mejor el desarrollo de las distintas partes.

Seguidamente, se va a analizar la vulneración del secreto de las comunicaciones, exponiendo las circunstancias que pueden dar lugar a esto. También se van a describir los casos excepcionales en los que se puede considerar que este derecho no ha sido infringido, dando paso y sirviendo como engarce del siguiente apartado.

Para concluir esta primera parte, y, efectivamente, situar el secreto de las comunicaciones en el proceso penal, se va a explicar la intervención de las comunicaciones. Se va a dividir en diferentes puntos: la regulación, los requisitos necesarios para llevar a cabo la intervención, la orden judicial que la hace posible y los hallazgos casuales que puedan surgir durante el curso de la intervención.

La segunda parte del trabajo va a ser más específica y se va a centrar en dos tipos de intervención de las comunicaciones: en concreto, telefónicas e internet. La elección de estos dos tipos se debe a su importancia en el auge de las nuevas tecnologías.

La intervención telefónica se dividirá en diversos apartados: caracteres generales, aspectos procesales, casos de ilegalidad o nulidad y, por último, el análisis jurisprudencial de un caso. Y respecto de la intervención de internet, va a hacerse una breve referencia.

---

<sup>5</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, de 7 de diciembre de 2000, artículo II-67: Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.

<sup>6</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 2: Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor.

Para finalizar, se va a realizar una parte de conclusiones de las que se va a extraer lo más relevante de cada cuestión y se van a aportar nuevas ideas e impresiones que puedan surgir después de la investigación, e incluso posibles alternativas a problemas o expectativas para el futuro.

En definitiva, se irá de lo más general a lo más particular hasta llegar justamente al papel que se desempeña este derecho en el proceso penal. A pesar de ser un trabajo teórico de investigación, van a ser incluidos casos reales que ilustren lo ya explicado, y al ser un tema muy presente en el día a día puede ser entonces de gran interés.

## **-PARTE PRIMERA-**

### **1. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES**

El derecho al secreto de las comunicaciones es una protección sobre uno de los aspectos fundamentales de la vida privada de las personas, tal como la libre relación con personas que se encuentran en la distancia con cualquier medio destinado a tal fin, asegurando la privacidad del contenido de la comunicación como si tal proceso comunicativo fuera ejecutado de manera directa entre las distintas partes<sup>7</sup>.

#### **1.1 Concepto y fundamento**

Como ya se había adelantado previamente, el derecho al secreto de las comunicaciones está contenido en la Constitución de 1978; más concretamente, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero. Es decir, se trata de un derecho fundamental que goza de las máximas garantías normativas y jurisdiccionales.

También aparecen, junto a este en el artículo 18 CE, otros derechos como los del honor, intimidad y propia imagen; la inviolabilidad del domicilio; y la protección de datos personales<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *Dialnet*, Universidad de La Rioja, pp. 174-175.

<sup>8</sup> Constitución Española, de 1978, [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t1.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html), marzo 2014.



Se plantea la cuestión de cuál es el punto en común de todos ellos, por el cual se incluyen en el mismo artículo. Pues, el bien protegido por todos ellos es el de la intimidad personal o familiar. Sin embargo, el derecho que nos concierne es un derecho autónomo del de la intimidad<sup>9</sup>. La explicación de ello se encuentra en la obligación de secreto por parte de los interlocutores que participan, ya sean las comunicaciones genéricas o personales. Esto quedó claro en la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional<sup>10</sup>:

Ocurre, en efecto, que el concepto de “secreto” en el art. 18.3 tiene un carácter “formal”, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado.

El secreto de las comunicaciones queda enunciado de la siguiente manera en el tercer apartado del artículo 18 CE: “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”<sup>11</sup>. El objetivo es evitar la “invasión” de la comunicación respecto a terceros fuera de la misma. La extensión de la protección se refiere a cualquier medio, sea cual sea el elegido<sup>12</sup>. Por lo tanto, la enumeración realizada en el artículo no es excluyente de otros tipos, ya que debe ir adaptándose a los distintos avances.

Podría decirse que este derecho tiene dos vertientes, una explícita que conlleva la libertad de las comunicaciones y, por otro lado, una implícita que lleva a su reserva e impenetrabilidad<sup>13</sup>.

El ámbito que abarca este derecho, en definitiva, es el secreto del proceso comunicativo y su contenido, extendiéndose al lugar, duración, destino e intervinientes de la misma. Todo ello, sin importar que la red y el medio de transmisión sean de carácter público o privado<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> PERALES, A.E., “El Derecho al Secreto de las Comunicaciones”, *Universidad Carlos III de Madrid*, [http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,408/Itemid,3/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,408/Itemid,3/), marzo 2014.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional de España, <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1984/114>, marzo 2014.

<sup>11</sup> Constitución Española, de 1978, [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.t1.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html), marzo 2014.

<sup>12</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 50.

<sup>13</sup> RECERCAT, *Análisis del derecho al secreto de las comunicaciones*, <http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1>, marzo 2014.

<sup>14</sup> DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp. 129-130.

## 1.2 Titularidad

Los titulares del derecho al secreto de las comunicaciones son cualquier persona física o jurídica, nacional o internacional<sup>15</sup>. Sin embargo, cabe detenerse en tres tipos de personas, según Rodríguez Ruiz<sup>16</sup>:

### a) Extranjeros:

Se plantea la cuestión de su titularidad por no ser nacional del Estado. La justificación de ser titular se encuentra en que toda persona que está presente en el Estado, incluso si siendo ilegal muestra un mínimo interés en participar en el mismo, y si ese interés es necesario para un correcto proceso de deliberación, puede llegarse a la conclusión de que el derecho a la intimidad tiene que ser reconocido y con tutela igual a todos, con independencia de la nacionalidad. Este razonamiento se aplica a los distintos aspectos de la intimidad, como el secreto de las comunicaciones.

### b) Menores:

La razón de su inclusión en la titularidad se debe a que la garantía de secreto está implícita en el propio proceso de comunicación. Lo que supone la no necesidad por parte del interlocutor menor de tener capacidad para controlar y querer sus zonas de secreto. Por lo que la edad es un factor indiferente en el ejercicio del derecho.

### c) Personas jurídicas:

En primer lugar, hay que afirmar que las agrupaciones de personas sí que pueden ser titulares de derechos fundamentales. Por un lado, las personas jurídicas de derecho privado son titulares porque son representadas por una persona física en la comunicación, considerándose a la primera como parte del proceso comunicativo y, consecuentemente, titular del derecho al secreto de las comunicaciones. Por otro lado, las personas jurídicas de derecho público no tienen impedimento alguno para el ejercicio de esta titularidad,

---

<sup>15</sup>PERALES, A.E., “El Derecho al Secreto de las Comunicaciones”, *Universidad Carlos III de Madrid*, [http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,408/Itemid,3/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,408/Itemid,3/), marzo 2014.

<sup>16</sup>RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Ciencias jurídicas, Madrid, 1998, pp. 156, 163, 165.

teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son reconocidos a todos aquellos que tengan interés en participar en el proceso deliberativo, independientemente de si tratan de entidades de carácter público o privado. Es el artículo 18.3 CE el que facilita esta vinculación con las personas de este tipo por tener un contenido formal y no material en relación con la intimidad.

### **1.3 Eficacia**

La garantía de secreto de la comunicación se establece con eficacia *erga omnes* frente a terceros y a los poderes públicos<sup>17</sup>. Sin embargo, en el caso de los participantes en la comunicación, esto no es aplicable; no hay, por tanto, existencia de secreto ni contraviene lo dispuesto en el artículo 18.3 CE. E incluso tienen la posibilidad de retener la comunicación por cualquier medio, por ejemplo, mediante una grabación.

De todas maneras, los comunicantes sí pueden tener un “deber de reserva”<sup>18</sup>, que consiste en la no transmisión del contenido de lo comunicado, pero no se encontraría en el ámbito del secreto de las comunicaciones sino en el de la intimidad.

Tampoco se consideraría eficaz frente a alguien que ha escuchado una conversación telefónica por encontrarse cerca y, por supuesto, sin la utilización de ningún medio electrónico o técnico<sup>19</sup>.

## **1.4 Comunicaciones reguladas**

### **1.4.1 Postales**

El secreto de los servicios postales queda regulado específicamente en el artículo 5 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos de los Usuarios y del Mercado Postal<sup>20</sup>, que enuncia lo siguiente:

---

<sup>17</sup> ABAD YUPANQUI, S.B., “El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial”, *Pensamiento Constitucional*, Año XVI, N° 16, p. 1.

<sup>18</sup> Derecho Constitucional, *Derecho al Secreto de las comunicaciones*, <http://www.derechoconstitucional.es/2013/03/derecho-al-secreto-de-las-comunicaciones.html>, marzo 2014.

<sup>19</sup> PERALES, A.E., “El Derecho al Secreto de las Comunicaciones”, *Universidad Carlos III de Madrid*, [http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,408/Itemid,3/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,408/Itemid,3/), marzo 2014.

<sup>20</sup> Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Ley, 43 /2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos del Usuario y del Mercado Postal, <http://www.boe.es/boe/dias/2010/12/31/pdfs/BOE-A-2010-20139.pdf>, marzo 2014.

Los operadores postales deberán realizar la prestación de los servicios con plena garantía del secreto de las comunicaciones postales, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 18.3 y 55.2 de la Constitución Española y en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Los operadores que presten servicios postales no facilitarán ningún dato relativo a la existencia del envío postal, a su clase, a sus circunstancias exteriores, a la identidad del remitente y del destinatario ni a sus direcciones, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.

Este artículo deja así patente la garantía de secreto de este tipo de comunicaciones en todos los aspectos del proceso de la misma.

#### **1.4.2 Telegráficas**

El telegrama es un tipo de comunicación muy cercano a la carta por consistir en el envío de un mensaje escrito en la distancia. Durante el proceso de envío, al menos, dos personas además del receptor van a conocer el contenido de la comunicación, pero el secreto va a mantenerse aún así ya que los trabajadores de estos servicios deben guardar la obligación de secreto profesional respecto del contenido y las circunstancias del envío<sup>21</sup>.

#### **1.4.3 Telefónicas**

El secreto de este tipo de comunicación queda declarado junto a otros en el artículo 18.3 CE, ya enunciado previamente.

Estas comunicaciones son las más habituales en la actualidad por lo que son las que más dificultades tienen para preservar el secreto<sup>22</sup>. Hay una gran diversidad de este tipo de telecomunicación además del teléfono tradicional, tales como el teléfono inalámbrico o el teléfono móvil. Todo estos progresos tecnológicos llevan a nuevos retos y problemas. Por otro lado, hay compañías de telecomunicaciones privadas y estatales.

---

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 145.

<sup>22</sup> PERALES, A.E., “El Derecho al Secreto de las Comunicaciones”, *Univerdad Carlos III de Madrid*, [http://documentostics.com/component/option.com\\_docman/task.doc\\_view/gid.408/Itemid.3/](http://documentostics.com/component/option.com_docman/task.doc_view/gid.408/Itemid.3/), marzo 2014.

Dentro de este contexto, es mucho más difícil preservar el secreto de las comunicaciones telefónicas. Ha sido fundamental para garantizar este derecho fundamental la jurisprudencia desarrollada al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>23</sup> (TEDH).

#### 1.4.4 Internet

Con relación a Internet, se abre un abanico de posibilidades que al mismo tiempo suponen nuevos desafíos para los Estados, teniendo estos que aplicar diversos medios de control. El gran alcance de este medio ha hecho que los Estado se hayan visto obligados a colaborar entre sí y a establecer normas de preservación del secreto de las comunicaciones con alcance internacional<sup>24</sup>.

En general, existe el acuerdo de considerar el correo electrónico como un medio derivado del teléfono<sup>25</sup>, siendo posible así la aplicación de las medidas que normalmente se aplican a las comunicaciones telefónicas. Sin embargo, contrariamente, autores como Gimeno Sendra declaran que la normativa esencial de las intervenciones de Internet debe ser la de las postales<sup>26</sup>.

## 2. VULNERACIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

### 2.1 Regulación

Se considera que hay vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>27</sup>:

- a) Con la concurrencia de uno o más ajenos a la comunicación sin conocimiento de ello por, al menos, alguna de las partes. La difusión del contenido, por parte de los interlocutores, podrá tener o no tener distintos efectos, en función de las

---

<sup>23</sup> Constitución española, Sinopsis artículo 18, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=18&tipo=2>, marzo 2014.

<sup>24</sup> Directiva, 58/2002/CE, de 12 de julio, de tratamiento de los datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:es:PDF>, marzo 2014.

<sup>25</sup> MAZA MARTÍN, J.M., “La intervención judicial de las comunicaciones a través de Internet”, *Internet y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial-CGJ, Madrid, 2001, p. 641.

<sup>26</sup> GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales. Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 404-405.

<sup>27</sup> BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *Dialnet*, Universidad de La Rioja, pp. 175-176.

circunstancias<sup>28</sup>. Pero hay que recordar que lo que queda cubierto con la protección es el proceso en sí.

- b) Con la intención consciente de la intervención de proceso comunicador, no siendo resultado de un accidente o casualidad. En caso de acceder inconscientemente, no tendrá consecuencias jurídicas mientras el contenido no sea revelado y este acto no tenga consecuencias para otros derechos<sup>29</sup>.

La vulneración de este derecho fundamental queda regulada por las responsabilidades que se derivan de los ataques a la intimidad, así como de las procedentes de la Ley Orgánica de Protección del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar, y a la Propia Imagen; de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico; de la Ley General de Telecomunicaciones; y también de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y del Reglamento de Medidas de Seguridad<sup>30</sup>.

Por último se regula el tipo penal establecido en el artículo 197 CP<sup>31</sup>, que está incluido en el Título I del Código Penal referente a Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio y en su Capítulo Primero: Del descubrimiento y revelación de secretos. Se castiga que las comunicaciones sean interceptadas por parte de personas físicas y

---

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional de España, STC, de 29 de noviembre de 1984, 114/1984, <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1984/114>, marzo 2014.

<sup>29</sup> De VICENTE REMESAL, J.: “Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideración sobre el empleo de teléfonos inalámbricos”, *Poder Judicial*, no 17. Pp. 159 y ss.

<sup>30</sup> INTECO, Guías Legales, Privacidad y Secreto en las Telecomunicaciones, [www.inteco.es/file/bNawLq3IyDBQLGk0udvtsA](http://www.inteco.es/file/bNawLq3IyDBQLGk0udvtsA), marzo 2014.

<sup>31</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, artículo 197: 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. 3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

personas jurídicas. En cambio, para el caso de funcionarios públicos habrá que acudir al artículo 536 del mismo Código<sup>32</sup>, pudiendo ser estos inhabilitados.

## 2.2 Casos excepcionales

Hay casos de excepción que no están dentro del ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>33</sup>.

### 2.2.1 Suspensión de derechos

Es posible la válida interceptación de las comunicaciones en casos de seguridad interna del Estado y defensa nacional<sup>34</sup>. Esta situación de excepción al secreto de las comunicaciones va a tener lugar en circunstancias de estado de excepción o de sitio, y en investigaciones de tipo criminal concernientes a terrorismo o bandas armadas.

Con respecto al caso de estado de excepción o de sitio, se trata de suspender el derecho de manera general, contando con limitaciones geográficas y temporales. Sin embargo, no toda interceptación ordenada por la autoridad va a ser considerada como válida sino que va a ser necesario un juicio de razonabilidad para su aplicación<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal, artículo 536: La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Ciencias jurídicas, Madrid, 1998, pp. 115-125.

<sup>34</sup> Constitución Española, artículo 55: 1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

<sup>35</sup> CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

Y, con relación a la investigación de crímenes, se trata de una restricción de tipo especial del ejercicio del derecho en cuestión<sup>36</sup>. En este caso, la Constitución permite que se sobrepasen los límites. Hay que destacar en este contexto el artículo 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>37</sup>.

El objetivo del artículo es la posibilidad de interceptar las comunicaciones en la investigación de delitos, con relación a bandas armadas y elementos terroristas o rebeldes. Esta orden será llevada a cabo por las distintas personalidades con los requisitos formales y temporales enunciados anteriormente en la LECrim. El factor “en caso de urgencia” es relevante ya que significa que no es aplicable de forma incondicional.

Este supuesto es una primera muestra de excepción del secreto de las comunicaciones, esta singularidad de intervención de las comunicaciones, trasladada al proceso penal, es el asunto que ocupa la atención de este trabajo de investigación.

### **2.2.2 Comunicaciones de los internos en centros penitenciarios**

La Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) establece que los internos están autorizados a comunicarse tanto de manera oral como escrita, en su lengua y con sus familiares, amigos e instituciones penitenciarias y representantes acreditados de Organismos. Excepcionalmente, esto puede no cumplirse si se declara la incomunicación judicial<sup>38</sup>. Por otro lado, establece que estas comunicaciones deberán respetar la intimidad del penitenciario y con relación a restricciones no tendrán más que las dispuestas por seguridad e interés del tratamiento y buen orden del establecimiento<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> ROVIRA VIÑAS, A., “El abuso de los derechos fundamentales”, *Revista Política Comparada* núm. 4 (1981), pp. 185, 191.

<sup>37</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 579.4: 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

<sup>38</sup> Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, artículo 51.1: 1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

<sup>39</sup> Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, artículo 55.1: [...] Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las



### 2.2.3 Servicios de telecomunicaciones

En el desempeño de los servicios de telecomunicaciones, los encargados, en ocasiones, tienen que conocer datos relacionados con las comunicaciones. Estas injerencias, sin embargo, pueden estar consideradas como justificadas.

La justificación de la interceptación tiene que estar, en primer lugar, autorizada por ley, lo que ocurre con las comunicaciones de tipo postal<sup>40</sup>; no así con las de tipo telegráfico o telefónico. Es posible la intervención de envíos con destinatarios con identidad dudosa o no franqueados como es debido. Pero esto no posibilita la violación del secreto, a no ser que se trate de una orden judicial<sup>41</sup>. Únicamente, en el caso de los funcionarios de aduanas pueden omitir la exigencia de orden judicial, siempre y cuando abran los envíos postales delante de los destinatarios<sup>42</sup>.

### 2.2.4 Concursados y quebrados

Es posible retener la correspondencia de los concursados y quebrados con el fin de asegurar el patrimonio que deberá responder a sus créditos. Se lleva a cabo ante resolución judicial motivada, o mejor dicho, mediante el auto que declare el concurso o la quiebra<sup>43</sup>.

---

personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

<sup>40</sup> Reglamento de Correos, Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, artículo 29: No obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, y con el fin de comprobar la exactitud del franqueo, los empleados de Correos están obligados a conocer el texto y el contenido de la correspondencia que circula abierta o al descubierto, siempre que tengan fundadas dudas al respecto. [...]

<sup>41</sup> Reglamento de Correos, Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, artículo 29: En los términos y dentro de los límites que se fijan para cada caso en este Reglamento, la Administración Postal tiene facultades para intervenir de oficio los envíos dirigidos a destinatarios de dudosa identificación [...]

<sup>42</sup> Reglamento de Correos, Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, artículo 31.1: Principios generales: Los funcionarios de Aduanas tienen intervención en Correos para cumplir su específico cometido. El alcance de esta intervención no afectará en ningún caso al secreto e inviolabilidad de la correspondencia, limitándose al reconocimiento externo de los envíos, precintados y actas de control y a la presencia de la apertura hecha por los destinatarios en su caso cuando se sospeche que se trata de envíos de contenido fraudulento,

<sup>43</sup> Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, artículo 1.1: 1. Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas: 1.ª La intervención de las comunicaciones del deudor, con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso [...].

### 2.2.5 Consentimiento

La Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen permite la intromisión de las comunicaciones<sup>44</sup>.

El consentimiento dado para una posible intervención tiene que ser otorgado por una de las partes pero expresamente, no sirviendo, por tanto, aquel dado de manera tácita o en abstracto o pro futuro<sup>45</sup>. En este contexto, se puede llevar a cabo incluso la intromisión independientemente de que la otra parte sea consciente; esto es aplicable por la no obligación de derecho de secreto entre ambas partes. En cambio, como ya se ha explicado con anterioridad, sí que deben mantener el secreto respecto de las circunstancias que forman parte del acto comunicativo.

Quedarían así expuestos aquellos casos en los que es lícita una interceptación de las comunicaciones, rompiendo el derecho al secreto de las comunicaciones.

## 3. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

Intervención es, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la “acción y efecto de intervenir”, siendo éste el “acto de espiar, por mandato o autorización legal, una comunicación privada”<sup>46</sup>. La intervención es llevada a cabo por personas a las que se les ha concedido una autorización judicial, penando a aquellas que la lleven a cabo sin esta. Ya quedó claro este requisito en el artículo 18.3 CE, que garantizaba el secreto de las comunicaciones, excepcionando el caso en el que se contase con una resolución judicial.

### 3.1 Regulación

Hay que acudir al artículo 579 de la LECrim<sup>47</sup>, el cual permite la intervención, es decir apertura y examen, de la correspondencia privada, postal y telegráfica, tanto en el envío y

---

<sup>44</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, artículo 2.2: No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

<sup>45</sup> MARTÍN MORALES, R., *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 83.

<sup>46</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, 22ª Edición, Madrid, 2001, p. 1294.

<sup>47</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 579: 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el

recepción, y de las comunicaciones telefónicas de quien estuviera siendo procesado, si hubiera indicios de que de esta manera pudiera descubrirse o comprobarse que hay algún acontecimiento o suceso relevante para el caso en concreto.

Es importante detenerse en el concepto “indicio”, que es el detonante de la intervención, por lo que será trascendental su consideración. Según Dellepiane, el indicio es “todo rastro, vestigio, huellas, circunstancias y, en general, todo hecho conocido, o, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido”<sup>48</sup>.

Por otro lado, el párrafo tercero sostiene que hasta el plazo de tres meses será posible, pudiéndose prorrogar en intervalos de tres meses igualmente, la observación de las comunicaciones sobre las que existan tanto indicios como aquellas que se utilicen para fines delictivos.

A nivel europeo, la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006<sup>49</sup>, relativa a la conservación de datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, es clave sobre todo contra el terrorismo y el crimen organizado.

### 3.3 Requisitos de la intervención

#### 3.3.1 Jurisdicción exclusiva y procedimiento legalmente establecido

Es una condición establecida constitucionalmente<sup>50</sup> que la medida de intervención deba

---

procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

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

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

<sup>48</sup> Ministerio Público, *El indicio*, <http://www.procuraduria.gov.do/pgr.net/modelo/site/procesamiento/mt018a-3.htm>, marzo 2014.

<sup>49</sup> EUR-Lex, *Directiva 2006/24/CE*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:ES:PDF>, marzo 2014.

<sup>50</sup> Constitución Española, artículo 18.3: Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

ser dispuesta por el juez, siendo la excepción al derecho al secreto “salvo resolución judicial”. Esto quiere decir que es el juez quien va a tener que evaluar la situación, teniendo en cuenta las circunstancias que deben hacer necesaria la medida y la correspondencia de la misma con el caso en concreto. Esta noción de exclusividad ha aparecido reiteradamente en la doctrina, por ejemplo, en la STS, de 22 de julio de 1998, FJ 4º con el ponente Excmo. Sr. Vega Ruiz<sup>51</sup>.

En otras sentencias se ha establecido además que la ejecución de la medida de intervención debe ser realizada por el Juez y que la ausencia de este último podría ser sustituida por el Ministerio Fiscal<sup>52</sup>. Se posibilita la impugnación de la medida una vez que está ya ha sido establecida.

Respecto del momento procesal, en el que las medidas de este tipo deben ser alzadas ha habido bastante debate doctrinal<sup>53</sup>:

- Por un lado, se considera que debe existir una instrucción penal previa, en sumario, o unas diligencias previas; es decir que haya una instrucción formal previa<sup>54</sup>. En esta misma línea, se defiende el hecho de que debería estar tramitándose una causa penal<sup>55</sup>. Se excluye así esta posibilidad dentro del marco de diligencias indeterminadas.
- Por otro lado, se contempla que son factibles este tipo de medidas en el contexto de los procedimientos que ha previsto la LECrim: diligencias o procedimientos sumarios<sup>56</sup>.

La doctrina jurisprudencial ha sufrido una evolución, admitiendo ya la adopción de medidas de este tipo al inicio del procedimiento. En general, se ha aceptado este planteamiento,

---

<sup>51</sup> De DIEGO DÍEZ, L.A., “La voz como elemento identificador del delincuente”, *Revista del Poder Judicial*, nº 69, 2003.

<sup>52</sup> THOMSON REUTERS, Jurisprudencia, STC, de 5 de abril de 1999, 49/1999, <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/109303/sentencia-tc-49-1999-de-5-de-abril-intervencion-de-las-comunicaciones-motivacion-de-las-resoluc>, marzo 2014.

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, mayo, 2002, pp. 65 y ss.

<sup>54</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991, p. 83.

<sup>55</sup> LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 185.

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ LAINZ J. L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, mayo, 2002, pp. 73 y 74.

teniendo en cuenta siempre el respeto de principios fundamentales de jurisdicción exclusiva y control del juez independientemente del cauce procesal utilizado<sup>57</sup>.

En definitiva, es admisible la medida de interceptación incluso en el mismo auto de incoación de Diligencias previas, contando con que haya indicios de delito que llevan a la necesidad y proporcionalidad de la medida acordada.

### 3.3.2 Indicios delictivos existentes

Es condición necesaria la presencia de indicios que hagan posible la imposición de la medida de intervención, como ya se había comentado anteriormente en el enunciado del artículo 579 de la LECrim<sup>58</sup>.

La apreciación de indicios debe ser realizarse de forma objetiva. Para ello, va a ser requerirse el juicio de terceras personas y un fundamento real que no se trate de suposiciones<sup>59</sup>.

En este sentido, el caso Prado Burgallo estimo que la resolución que determina la necesidad de la intervención debe tener su origen en razones de tipo fáctico y jurídico<sup>60</sup>, evitando así las conjeturas y sospechas.

Asimismo, se tiene por objetiva aquella injerencia que incluye los componentes precisos para llevar a cabo más adelante el juicio de proporcionalidad que corresponda<sup>61</sup>.

### 3.3.3 Principio de proporcionalidad

Este principio supone la no utilización desmesurada de sanciones que conduzcan a privar

---

<sup>57</sup> MARCO URGELL, A., “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E.)”, *Trabajo de investigación de doctorado, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público*, p. 121.

<sup>58</sup> Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 579.2: Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>, marzo 2014.

<sup>59</sup> MARCO URGELL, A., “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E.)”, *Trabajo de investigación de doctorado, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público*, p. 126

<sup>60</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, de 18 de febrero de 2003, 58496/2000.

<sup>61</sup> STC, de 30 de enero de 2006, 26/2006, VLex, <http://tc.vlex.es/vid/623-2004-p-38-stc-294086>, marzo 2014.



hechos delictivos de manera general. Debe darse el binomio delito-hecho que son objeto de investigación, prohibiéndose que se dé en hechos distintos<sup>67</sup>. Surge aquí la cuestión de los hallazgos casuales que será tratada posteriormente en profundidad.

### 3.4 La resolución judicial

La resolución judicial ya se había enunciado como requisito para proceder a la intervención. Pero merece la pena detenerse en sus características propias ya que van a ser claves para que la interceptación pueda ser realmente ejecutada, es decir, no basta con el simple hecho de que se dé la resolución. Un juez va a tener que constatar que se cumplen las exigencias, que ahora serán explicadas.

En primer lugar, la resolución judicial va a tener que estar motivada, y en forma de auto<sup>68</sup>. Esta motivación va a suponer la entrada a las demás condiciones, haciendo que pueda valorarse la admisibilidad de la intervención. Sin embargo, a su vez, va a tener que estar dentro de ciertos parámetros<sup>69</sup> para que sea posible autenticar esa motivación:

- La motivación será expresa, aunque es posible su adhesión a la solicitud judicial cuando aún así se cumplan todos los requisitos.
- La motivación será proporcionada, esto es, no va a ser desmesurada la medida tomada con el fin perseguido.
- La medida incluida será especificada, respecto de la acción llevada a cabo, la manera de ejecución y los límites de la misma.
- Si tuviera lugar en el transcurso de un proceso penal, deberá la motivación hacer referencia a los indicios que haya, personas y delitos que se persiguen.

---

<sup>67</sup> PAZ RUBIO, J.M., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Editorial Colex, 1999, p. 189.

<sup>68</sup> RIVES SEVA, A.P., *La intervención de las comunicaciones en proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010, p. 164.

<sup>69</sup> DÍEZ REVORIO F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú*, nº 59, 2007, pp. 171.

Es evidente la conexión de estas exigencias con las ya expuestas con respecto a la legitimidad de la intervención.

En segundo lugar, la resolución emitida por el juez deberá tener un plazo<sup>70</sup>, empezando a contar desde que sea aprobado y no así desde que fuera ejecutado o fuera la intervención eficaz.

Por último, la terminación de la medida deberá ser comunicada a las personas afectadas por esta<sup>71</sup>.

### **3.5 Hallazgos casuales**

La medida de intervención de las comunicaciones tiene una doble naturaleza como instrumento para investigar y formar pruebas, pudiendo provocar de esta manera efectos de dos tipos<sup>72</sup>: aquellos que llevan a investigar, asegurar y producir las fuentes de prueba; y aquellos que llevan a valorar pruebas en el juicio oral a través de medios de prueba. Sin embargo, puede ocurrir que dentro del curso de una investigación, puedan encontrarse o surgir otros actos que deban ser investigados.

En este contexto es en el que se encuentra la noción de hallazgo casual, que puede definirse como los descubrimientos que han sido adquiridos a través de la intervención pero que no tienen correspondencia ni con el delito ni con las personas que están siendo investigadas<sup>73</sup>. Por lo tanto, este tipo de hallazgos pueden producir un conflicto en el ámbito objetivo de la investigación, dando con hechos que estaban fuera del ámbito que había sido autorizado; y en el ámbito subjetivo, afectando a terceras personas en relación con hechos ajenos total o parcialmente al investigado.

---

<sup>70</sup> Sentencias relevantes sobre el secreto de las comunicaciones, STC, de 18 de julio, 205/2005, <http://cita.es/escuchas/sentencias/>, marzo 2014.

<sup>71</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, 1991, Madrid, pp. 90 y ss.

<sup>72</sup> LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, 1991, Madrid, pp. 90 y ss.

<sup>73</sup> RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010, p. 190.



### 3.5.1 Ámbito objetivo

Hay un sector doctrinal<sup>74</sup> que afirma la obligatoriedad de conexión entre el delito en curso de averiguación y los hechos hallados por casualidad. De esta forma, se puede decidir si tal información puede tener valor de prueba, haciendo posible así en principio la persecución de un nuevo hecho delictivo. Sin embargo, si no hay relación alguna entre el delito y los nuevos hechos, la información obtenida sólo podrá tener valor de *notitia criminis*, contando con que sea de carácter grave.

La doctrina del Tribunal Constitucional<sup>75</sup> ha sido tajante en el hecho de que deba informarse a la autoridad judicial cuando se dé con este tipo de actos delictivos. El objetivo de este riguroso control y comunicación al juez está en ampliar o emitir una resolución nueva que contenga todas las exigencias de validez y motivación igual que la original.

En la actualidad y bajo el presupuesto de la doctrina emanada por el Tribunal Supremo en el Caso Naseiro<sup>76</sup>, se han aceptado dos posibles opciones de actuación<sup>77</sup> ante el encuentro de hechos delictivos distintos a los que en un principio eran objeto de averiguación. Por un lado, una nueva investigación dentro de la causa ya existente, es decir, supone una ampliación; y, por otro lado, una nueva investigación totalmente independiente a la anterior y que corresponderá al Tribunal que tenga competencia para el caso concreto. Asimismo otras sentencias<sup>78</sup> afirman la validez de lo encontrado por casualidad, siempre y cuando se trate de un delito flagrante<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> ALONSO PÉREZ, F., *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, noviembre 2001, Madrid, p. 324.

<sup>75</sup> STC 166/1999, de 27 de septiembre, RTC 1999/166.

<sup>76</sup> STS, de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102.

<sup>77</sup> STS, de 17 julio de 2006, RJ 2006/6308.

<sup>78</sup> STS, de 29 de noviembre de 2002, RJ 2002/10873.

<sup>79</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 795.1: [...]1.ª Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

### 3.5.2 Ámbito subjetivo

Cabe recordar que el ámbito subjetivo de los hallazgos casuales es aquel que implica a terceras personas en el descubrimiento de hechos independientes o en relación con la causa origen de la investigación, pudiendo afectar la intimidad de las mismas.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto<sup>80</sup>, declarando que es admisible que sea ampliado subjetivamente el objeto de investigación cuando otras personas posibles implicadas aparecieran, aunque siempre con la autorización judicial dirigida al efecto.

En este sentido es interesante igualmente aquellos casos en los que la “notitia criminis” llega por parte de una tercera persona que voluntariamente se pronuncia respecto del objeto en curso de investigación<sup>81</sup>. Un ejemplo de ello<sup>82</sup> fue aquel en el que una persona, que recibía ordenes telefónicamente para traficar con drogas, actuó como testigo respecto de las ordenes recibidas, sin que en ningún caso hubiera sido necesaria la intervención por parte de la policía. Por ello, se pudo prescindir de las medidas requeridas para proceder a la legítima intervención y de la posible ilicitud de la fuente de procedencia de la “notitia criminis”.

Para concluir este apartado relativo a los hallazgos casuales, se va a considerar la jurisprudencia del TEDH concerniente a este tema. Es destacable la siguiente cita del Tribunal Constitucional<sup>83</sup>, que sintetiza lo expuesto jurisprudencialmente sobre los hallazgos casuales:

“El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención, y en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que

---

<sup>80</sup> STS, de 18 de julio de 2000, RJ 2000/7113.

<sup>81</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “El tercero frente a la intervención judicial de las intervenciones telefónicas”, *Sentencias TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 2/2005, Aranzadi, Pamplona, 2005.

<sup>82</sup> STS, de 3 de marzo de 1998, RJ 1998/2344.

<sup>83</sup> STC, de 26 de marzo de 1996, 49/1996.

en otro caso las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada”.

Hay varios casos importantes de este Tribunal sobre la materia en cuestión, uno de ellos es el Caso Lambert<sup>84</sup>, en el que se consideró que el afectado no gozó de un “control eficaz” para restringir la injerencia lo que es “necesario en una sociedad democrática”, habiendo así una violación del artículo 8 del CEDH<sup>85</sup>.

## **-PARTE SEGUNDA-**

Como ya se había anteriormente en la introducción, esta parte va a centrarse específicamente en dos de los tipos de intervenciones, telefónicas y de correo electrónico, por ser lo más relevantes actualmente con el auge de las nuevas tecnologías.

### **4. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS**

#### **4.1 Caracteres generales**

Ya en la parte primera de este trabajo se había introducido este tipo de intervenciones, sin embargo, se va a tratar en profundidad en este apartado.

Comenzando con el concepto e intervención telefónica, cabe hacer mención al concepto esbozado por el Tribunal Supremo<sup>86</sup>, de esta definición se pueden extraer varias ideas en relación con el qué es, por quién y cuándo se lleva a cabo y cómo y para qué, respectivamente: se trata una limitación a este derecho fundamental; esta restricción es derivada de la orden de un Juez, pudiendo tener lugar en la fase de instrucción o de sumario respecto del imputado o de otros; y el objetivo de esta medida es la captación de contenido de conversaciones para poder investigar y obtener elementos de prueba.

---

<sup>84</sup> HUDOC, STEDH, de 28 de agosto de 1997.

<sup>85</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, artículo 8: 2. 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.

<sup>86</sup> STS, de 20 de febrero de 1995, 246/1995.

Por otro lado, hay que distinguir dentro de las intervenciones telefónicas, primeramente, entre aquellas que son instrumento lícito de investigación que sirven como pruebas en el proceso o hacen posible el descubrimiento de pruebas reales. Y, segundo lugar, la intervención como medio probatorio, equiparándose a una prueba de tipo documental. Una manifestación de esto es lo pronunciado por el Tribunal Supremo al respecto<sup>87</sup>, que se puede resumir de la siguiente manera: el uso que se le puede dar a las intervenciones telefónicas como línea o método de investigación criminal y prueba; requisitos constitucionales y de carácter procesal, siendo estos últimos imprescindibles para que estén incluidos dentro del conjunto de las pruebas; y, por último, se hace una remisión al artículo 11.1 LOPJ que sostiene que las pruebas perderán su eficacia cuando hayan sido causa de una vulneración de los derechos y libertades fundamentales.

Una vez que ha quedado delimitado el concepto de intervención telefónica, es interesante detenerse en los distintos supuestos de injerencia en este tipo de comunicaciones:

### **1. Grabación de conversaciones propias**

También denominado autoinjerencia o *bugging*<sup>88</sup>, consiste en observar y registrar una comunicación telefónica, siendo esta captada por el aparato de uno de los dos intervinientes, siendo este conocedor de este hecho, lo que no ocurre con el otro interlocutor. Por lo tanto, se da directamente la autorización o acción por parte de uno de ellos, lo que es bien distinto al hecho de que un particular intercepte conversaciones ajenas, constituyendo el delito de descubrimiento de secreto<sup>89</sup>. Por otro lado, hay que tener en cuenta que se prescinde

---

<sup>87</sup> STS, de 6 de noviembre de 2000, RJ 2000/8929.

<sup>88</sup> VELASCO NUÑEZ E., “Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema”, *Actualidad Penal*, núm. 18/3, 9 mayo 1993, pp. 248-250.

<sup>89</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, artículo 197: 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas

absolutamente de la intervención por parte de la autoridad pública, es decir, son relaciones intersubjetivas entre personas que carecen de autoridad pública.

Es importante atender ahora a algunas sentencias que han observado algunas máximas referentes a este tipo de intervenciones. En una sentencia el Tribunal Supremo<sup>90</sup> declara, entre otras muchas sentencias, que “no existe vulneración del derecho a la intimidad cuando es el propio recurrente quien ha exteriorizado el contenido de sus pensamientos sin coacción de ninguna especie” y que “el contenido de una conversación telefónica puede llegar lícitamente al proceso por vía de reproducción oral si alguno de los interlocutores la difunde públicamente”.

Según esto, la preservación del secreto de las comunicaciones es sólo efectiva frente a terceros, y especialmente frente a los poderes públicos, no existiendo así secreto entre los dos interlocutores, a no ser que haya deber profesional o moral. Igualmente se establece la eficacia probatoria de quien declara utilizando la técnica de autoinjerencia sin que esto suponga un problema para el interlocutor al relevarse exactamente el contenido de un conversación telefónica en concreto.

Sin embargo, hay disenso en relación a la doctrina previamente expuesta<sup>91</sup>, ya que existe la prohibición de utilización de este tipo de técnica como medio para llegar a una prueba anticipada de confesión del autor de un delito específico. El caso trataba de una grabación de una conversación entre acusados por un delito de tráfico de drogas, en la que uno de ellos reconocía de manera abierta su relación con el delito que estaba investigándose judicialmente; respecto de ello, el Tribunal concluye:

El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de confesión de alguno de los intervinientes ya que ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho.

## **2. El tarifador de llamadas**

---

establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

<sup>90</sup> STS, de 9 de junio de 2001, 1017/2001

<sup>91</sup> STS, de 1 de marzo de 1996, 178/1996

También denominado *pen-register* o *comptage*<sup>92</sup>, es un tipo de interceptación con la cual puede llevarse a cabo la obtención de información sobre la identidad de los números de los receptores y emisores de llamadas en relación con la terminal de teléfono que está siendo objeto de investigación, y duración y horas de las llamadas.

En un principio, la protección del secreto de las comunicaciones engloba tanto el contenido como la identidad de los interlocutores<sup>93</sup>, sin embargo, la sola identificación del titular de un terminal concreto no recibe esta protección cuando se sitúa en una interceptación previamente autorizada<sup>94</sup>.

Con respecto al tarificador se puede hacer referencia a distintos pronunciamientos<sup>95</sup> del Tribunal Supremo como “la simple petición de listados de llamadas telefónicas efectuadas desde un determinado número de teléfono, no afecta al contenido propio del derecho fundamental reconocido en el art.18.3 de la Constitución” [...] “típicamente de investigación policial y por tanto propia de la fase de instrucción que queda extramuros del secreto de las comunicaciones telefónicas que es la esencia del derecho”. Por lo tanto, esta técnica tiene escasa relevancia en el secreto ya que incide sobre factores externos y no así sobre el contenido de la conversación.

Actualmente con el auge de las tecnologías es posible identificar las llamadas por lo que ha quedado relegado a un segundo lugar. Aunque es posible que pueda volver a retomar a posición de importancia, que tenía en el pasado, por los programas que permiten anular la identificación de las llamadas recibidas.

### **3. Soluciones a casos inciertos de injerencia en el secreto de las comunicaciones**

En este apartado se tratarán casos en los que no queda clara la supuesta injerencia y, en tal situación, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de la persona afectada.

---

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ LAINZ J.L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, mayo, 2002, pág.155.

<sup>93</sup> STS, de 1 de diciembre de 1999, 1461/1999.

<sup>94</sup> STS, de 23 de noviembre de 2001, 2209/2001.

<sup>95</sup> STS, de 7 de diciembre de 2001, 2384/2001.

Por ejemplo, cuando se ocupa el teléfono de un detenido que recibe una llamada en ese preciso momento<sup>96</sup>, considerándose la llamada recibida sin que haya conversación alguna como lícita con el fin de averiguar de dónde procede para poder así detener al que emitió la comunicación. Aunque la STS, de 20 de diciembre de 1996, tiene como ilícito e irregular el mantener una conversación de teléfono desde el terminal del detenido sin haberse identificado primeramente como agente. No es ilegal aquí el momento en el que se ‘roba’ la identidad del interlocutor, sino el hecho de hacer que se reconozcan unos hechos concretos por parte del policía judicial, teniendo este que respetar sus derechos constitucionales e instruirle de los derechos que le corresponden<sup>97</sup>.

Sin embargo, la postura anterior es objetada posteriormente por una sentencia del Alto Tribunal<sup>98</sup> en un caso de tráfico de drogas en el que se produce la recepción de una llamada desde el móvil del presunto traficante y esta es atendida por un Guardia Civil, sin identificación alguna, y se considera como lícito tal acto de injerencia.

La autorización judicial sí es requerida, en cambio, cuando sea empleado cualquier clase de mecanismo que haga posible la injerencia, así ha sido manifestado en varias sentencias<sup>99</sup> del Tribunal Supremo.

Por último, hay que referirse al caso Schenk<sup>100</sup>, en el cual el Tribunal, alegó que no podía “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida

---

<sup>96</sup> STS, de 3 de marzo de 2000, 316/2000.

<sup>97</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 2: El nuevo Código de Enjuiciamiento Criminal comenzará a regir en el tiempo y de la manera que establecen las reglas siguientes: 1.<sup>a</sup> Se aplicará y regirá en su totalidad desde el día siguiente al en que se constituyan los Tribunales de que habla la Ley sancionada en 15 de junio de 1882 y promulgada por virtud de Real Decreto de 22 de junio del propio año. 2.<sup>a</sup> Se aplicará y regirá desde 15 de octubre próximo en la parte referente a la formación de los sumarios, comprendida desde el título IV del libro II hasta el artículo 622 del título XI del mismo libro. 3.<sup>a</sup> Las causas por delitos cometidos con anterioridad al 15 de octubre próximo continuarán sustanciándose con arreglo a las disposiciones del procedimiento vigente en la actualidad. 4.<sup>a</sup> Si las causas a que se refiere la regla anterior no hubieren llegado al período de calificación, podrán sustanciarse con arreglo a las disposiciones del nuevo Código, si todos los procesados en cada una de ellas optan por el nuevo procedimiento.

Para ello, el Juez que estuviese conociendo del sumario en 15 de octubre próximo hará comparecer a su presencia a todos los procesados, acompañados de sus defensores. Si aún no los tuvieren, se les nombrarán de oficio para la comparecencia. Esta se hará constar en la causa por medio de acta

<sup>98</sup> STS, de 4 de junio de 1998, 798/1998.

<sup>99</sup> STS, de 8 de febrero de 1999, 137/1999.

STS, de 28 de julio de 2001, 1293/2001.

<sup>100</sup> HUDOC, STEDH, de 12 de julio de 1988.

ilegalmente” sino que su función estaba en dirimir si tal proceso se podía considerar justo en su conjunto. Esta cuestión relativa a la obtención de pruebas de manera ilegal será tratada en profundidad más adelante.

## **4.2 Aspectos procesales**

En este apartado sobre el carácter procesal de la intervención del derecho de las comunicaciones van a tratarse los requisitos de legalidad ordinaria, esto es, de la fase de instrucción y de la prueba en el juicio oral; y más específicamente la grabación de conversaciones como medio de prueba.

### **4.2.1 Requisitos en la fase de instrucción**

El objetivo de esta fase es que las intervenciones ejecutadas puedan producir efectos en el juicio oral, haciendo posible el descubrimiento de pruebas o, incluso, su preconstitución<sup>101</sup>.

#### **I. Control judicial**

La mejor manera de resumir esta condición es atender a lo dicho por el Tribunal Supremo<sup>102</sup>, exigiendo que “el Juez autorizante no se desatienda de la medida autorizada y la controle en la medida de lo posible”. Por lo tanto, la medida de intervención debe ser ejecutada por el Juez, siendo posible sólo por carencia de medios y disponibilidad su encomienda de escucha y grabación a un policía, es decir, la realización de la actividad material de la misma. Posteriormente, debiendo dejarse constancia del funcionario que la realizó<sup>103</sup> e informando al Juez del sistema técnico que fue utilizado<sup>104</sup>.

#### **II. Cintas originales**

La exigencia de que las cintas deban ser originales es, en ocasiones, inútil por

---

<sup>101</sup> MONTERO AROCA J., *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 224 y ss.

<sup>102</sup> STS, de 6 de febrero de 1995, RJ 1995/755.

<sup>103</sup> STS, de 2 de diciembre de 1995, DER. 95/6892.

<sup>104</sup> MONTÓN REDONDO, A., “Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1995, p. 1049.



la imposibilidad de diferenciar entre las que son copias u originales. Por lo que parece entenderse que la finalidad de la necesidad de cintas originales<sup>105</sup> está en evitar que sean manipuladas aunque esto puede ocurrir tanto en unas como en otras. Así lo lógico parece que sería hacer que el funcionario de policía lleve a cabo una grabación de todas las conversaciones y, seguidamente, las haga llegar al Juzgado en un soporte físico que deje constancia de la grabación, evitando de este modo que haga una selección de lo que a su parecer va a incidir en la causa en cuestión.

### III. Transcripciones mecanográficas

Es claro el hecho de la necesaria transcripción mecanográfica de las conversaciones grabadas y su realización bajo fe pública del secretario judicial<sup>106</sup>. No obstante, la importancia que se les da a las transcripciones mecanográficas es calificada en un caso de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>107</sup> como desmesurada; es declarada la falta de valor probatorio de una intervención telefónica por no constar en la causa las conversaciones transcritas, incluyéndose solo el resumen realizado por la Guardia Civil. Hay que tener en cuenta que las cintas estaban disponibles y completas, por lo que cuando la resolución hace referencia a ‘selección’ es respecto de las transcripciones y no de las conversaciones y grabaciones.

En definitiva, se produce una hipervaloración de las transcripciones mecanográficas ya que estas carecen de valor probatorio. El objetivo de las mismas es facilitar el manejo del contenido de las grabaciones.

### IV. Selección de conversaciones pertenecientes a la causa

Primeramente, se fija la atención en conversaciones entre personas no imputadas y, en segundo lugar, entre personas investigadas; excluyendo a las primeras y seleccionando en sentido estricto a estas últimas.

---

<sup>105</sup> MONTERO AROCA J., *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 230.

<sup>106</sup> STS, de 18 de enero de 1996, RJ 1996/291: “Cumpliendo con su función de fedante, hizo las compulsas oportunas rectificando en aquello que procedía las transcripciones que las acompañaban (a las cintas), con lo que vino a cumplirse así del modo más exquisito y riguroso el exigible control judicial de la medida”.

<sup>107</sup> SAP Barcelona, 14 de enero de 1994, ARP 1994/143.

En esta selección hay que atender a distintas fases<sup>108</sup>:

A. Grabación íntegra de las conversaciones

En esta etapa hay que atender a distintos posibles supuestos:

- Teléfono particular

Esta situación tiene lugar cuando se va a intervenir un teléfono que tiene su localización en un domicilio de un particular. Si en este viven varias personas, es complicado no interceptar aquellas llamadas de las personas que no están siendo investigadas; la razón está en que no se puede saber con antelación quién va a realizar la llamada. Por lo tanto, se escucharán y grabarán todas las llamadas del teléfono, procediendo después a la exclusión de las que no sean de interés para la averiguación.

Con respecto a lo que no debe hacerse<sup>109</sup>, hay que tener en cuenta que el policía no puede tener encomendada por el Juez la grabación única de las conversaciones que incumban al sospechoso en relación con el objeto de investigación ya que significaría la atribución a la policía de lo que es de relevancia para el proceso penal en curso.

- Teléfono público

En este caso el teléfono que será intervenido se encontrara en un lugar público, por ello, sólo va a haber escuchas y grabaciones entonces para las personas que están siendo investigadas. Sin embargo, que estas grabaciones y escuchas estén restringidas a ciertas personas no va a ser siempre posible<sup>110</sup>.

En definitiva, a excepción del supuesto anterior, merece la pena mencionar el hecho de que la policía no podrá seleccionar lo que deba ser grabado o no, significando esto que no está dentro de las competencias

---

<sup>108</sup> MONTERO AROCA J., *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 240 y ss.

<sup>109</sup> SAP Girona, de 5 de Diciembre de 1995, 40/1996.

<sup>110</sup> STS, de 3 de abril de 1988, DER. 98/1715.

policiales la decisión sobre la relevancia de las conversaciones de los sujetos investigados.

#### B. Grabaciones excluidas entre personas no investigadas

Ha quedado claro, según lo expuesto, que una vez que han sido entregadas las grabaciones a continuación deberá procederse a la exclusión entre las personas que no están siendo investigadas.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha clarificado el método para efectuar esta primera selección, habiéndose afirmado<sup>111</sup> únicamente que el Juez clasificará

En la forma que estime oportuno, lo que interesa a la investigación por él ordenada y mantener el resto bajo el control del secretario, impidiendo cualquier conocimiento no deseado ni deseable de aquellas conversaciones ajenas al propósito de la interceptación

Con esto no se despejan dos cuestiones imprescindibles<sup>112</sup>:

##### - Selección judicial

Se plantea la cuestión de si la selección debe ser efectuada por el Juez sin contar con las partes, o, es necesaria la contradicción.

La solución se establece en la actuación única del Juez de Instrucción. La conversación entre los que sean ajenos a la investigación será omitida en caso de que no manifieste ningún hecho delictivo, no teniendo las partes idea del tema de la conversación ni mucho menos de su existencia. Eso es así, porque la orden de las escuchas y grabaciones respecto de personas externas al proceso de averiguación no implica el no respecto al derecho del secreto de las comunicaciones de los mismas.

---

<sup>111</sup> ATS, de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102.

<sup>112</sup> MONTERO AROCA J., *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 243 y ss.

- Notificación al interesado

Queda ilustrada la puesta en conocimiento al afectado en el ATS, de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102, “deberá ponerse en conocimiento de la persona o personas afectadas la operación llevada a cabo, para que desde ese momento ejercite las acciones, si lo desea, que puedan corresponderle”.

Las acciones de las que podrá disponer el interesado serán destruir el soporte físico en el que han quedado retenidas las conversaciones y los recursos que sean convenientes.

### C. Omisión de conversaciones no pertenecientes a la causa

Esta fase tiene ya que ver con las conversaciones que tienen relación con la persona sujeto de investigación. Pero aquí cabe distinguir entre las que van a tener que y no van a tener trascendencia en el sumario o diligencias previas.

Debido a la gran importancia jurídico-penal de esta parte, va a ser esencial la audiencia de las partes y su conducción por el Juez.

Hay, por tanto, dos requisitos que no pueden pasar por alto<sup>113</sup>:

- La contradicción

Se ha admitido<sup>114</sup> lo siguiente al respecto “a presencia de su letrado y del Ministerio Fiscal [...] a recibir declaración a los implicados, con audiencia de las cintas de referencia”.

Sin embargo, se debe plantear el derecho de contradicción en conexión con el de defensa, ya que la selección de conversaciones es realizada sin la audiencia de las partes que posteriormente sí que tiene la posibilidad de declarar. Pero esto no es suficiente por suponer que las partes

---

<sup>113</sup> WIKIPENAL, La intervención telefónica. Exigencias, <https://wikipenal.wikispaces.com/05Abr-+Intervencion+Telefonica.+Exigencias>, marzo 2014.

<sup>114</sup> STS, de 17 de octubre de 1994, DER. 94/9040.

no puedan decidir lo que va a ser utilizado como fuente de prueba en el juicio oral.

En fin, se trata de la factible participación de todas las partes, generalmente, en la elección de pruebas, debiendo así conocer todas ellas.

- La transcripción

Se ha calificado como imprescindible la audiencia de las partes en la transcripción de las pruebas<sup>115</sup>, llegando su omisión a considerar como nula la prueba de la intervención.

## V. Impugnación en la instrucción

Existe la posibilidad de declarar nula la medida acordada en la misma fase de instrucción, no pasando a la apertura del juicio oral<sup>116</sup>. El primero fue el Caso Blasco con un Auto de 26 de junio de 1990 de la Sala Civil y Penal del TSJ de la Comunidad Valenciana.

Esta resolución en la instrucción es apoyada por una parte minoritaria de la doctrina<sup>117</sup>, sin embargo, esta admisibilidad normalmente es cuestionada en la fase del juicio oral para que de este modo pueda el Tribunal emitir un juicio sobre todas las pruebas.

### 4.2.2 Requisitos en el juicio oral

En varias ocasiones, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la cintas grabadas, refiriéndose a ellas como que “constituyen una modalidad de la prueba documental” en la STS de 6 de febrero de 1995, RJ 1995/755.

La naturaleza de las pruebas grabadas y de sus transcripciones va a ser clave

---

<sup>115</sup> STS, de 25 de enero de 1997, DER. 97/241.

<sup>116</sup> MONTERO AROCA J., *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 251.

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La prueba en el proceso penal”, *Las intervenciones telefónicas*, CDJ, Madrid, 1992, pp. 458-60.

para la calificación de los requisitos propios de esta etapa, atendiendo a esto cabe hacer una división en cuatro bloques<sup>118</sup>:

- La representación no escrita

Antes de exponer propiamente la representación no escrita, hay que hacer alusión al concepto de documento y a la forma de aportación de los mismos en el proceso.

El documento es aquella cosa mueble cuyo contenido representa hechos o actos con efectos jurídicos con un autor concreto y en un tiempo determinado<sup>119</sup>.

Sin embargo, esto no excluye como formas de representación la imagen o el sonido, aunque estos no vayan a ser considerados documentos como tal. Aquí es donde entran en juego las piezas de convicción<sup>120</sup> que se pueden definir como aquellos objetos que pueden ser relevantes como pruebas en el proceso, estos objetos pasan a formar parte del proceso a través de una investigación.

En la aportación de documentos en el proceso hay que distinguir dos momentos<sup>121</sup>:

a) La instrucción

La manera de aportar documentos en el proceso no está

---

<sup>118</sup> MONTERO AROCA J., *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 265 y ss.

<sup>119</sup> Instituto de Derecho Procesal, Concepto, naturaleza y funciones jurídicas del documento en el ámbito procesal, [http://www.institutoderechoprosesal.org/upload/biblio/contenidos/Concepto\\_Naturaleza\\_y\\_funciones\\_juridicas\\_del\\_documento\\_en\\_el\\_ambito\\_procesal.pdf](http://www.institutoderechoprosesal.org/upload/biblio/contenidos/Concepto_Naturaleza_y_funciones_juridicas_del_documento_en_el_ambito_procesal.pdf), marzo 2014.

<sup>120</sup> Administración de Justicia, Instrucción 1/2011, de 22 de febrero, de la Secretaria Coordinadora Provincial de Soria, sobre gestión y custodia de las piezas de convicción, [https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NPAJ/descarga/Instruccion-1\\_2011\\_de-22-de-febrero.pdf?idFile=ee4b7d29-2534-4a47-8889-45f71ea8d4ab](https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_WebApp_SGNTJ_NPAJ/descarga/Instruccion-1_2011_de-22-de-febrero.pdf?idFile=ee4b7d29-2534-4a47-8889-45f71ea8d4ab), marzo 2014.

<sup>121</sup> MAGRO SERVET, V., “La proposición de la prueba en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal Penal y Penitenciario*, núm. 35, 2007.

regulada directamente<sup>122</sup>, de esta imprecisión se puede deducir que las partes pueden aportar documentos en cualquier tiempo y hacer que el Juez ordene la presentación de los mismos, si no estuvieran disponibles.

b) El juicio oral

El documento podrá ir junto con el escrito de calificación provisional<sup>123</sup>, que es el que tiene la proposición de prueba. En el momento que es leído en la vista pasa a ser una prueba, siendo irrelevante el momento del proceso, instrucción o calificaciones provisionales, en el que entre en juego.

Con respecto de las pruebas en imagen o sonido, también hay que hacer igualmente una diferenciación de momentos:

a) La instrucción

El procedimiento a seguir para la incorporación de los soportes físicos probatorios al sumario o a las diligencias previas está regulado en el artículo 579 LECrim<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 186: Para ordenar el libramiento de certificación o testimonio y la práctica de cualquier diligencia judicial, cuya ejecución corresponda a Registradores de la Propiedad, Notarios, auxiliares o subalternos de Juzgados o Tribunales y funcionarios de policía judicial que estén a las órdenes de los mismos, se empleará la forma de mandamiento.

<sup>123</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 658: Presentados los escritos de calificación, o recogida la causa de poder de quien la tuviere después de transcurrido el término señalado en el artículo 649, el Secretario judicial dictará diligencia teniendo por hecha la calificación, y acordará pasar la causa al ponente, por término de tercer día, para el examen de las pruebas propuestas. Y artículo 793.2: 2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

<sup>124</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 579: 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia,

b) El juicio oral

Para que las pruebas sean tenidas en cuenta en el juicio oral<sup>125</sup> van a tener que estar recogidas en la proposición de pruebas que hacen las partes, y así serán practicadas en el momento de la vista. En el caso de soportes físicos de esta clase, será la parte que lo crea conveniente la que sugerirá que las conversaciones sean reproducidas y ya en el momento de la vista se procederá a escuchar la evidencia, sin olvidar los principios de inmediación, contradicción y publicidad<sup>126</sup>.

- La audición de las grabaciones

A pesar de lo expuesto con anterioridad, ha habido una gran disparidad de opiniones en relación con la necesidad de reproducir las pruebas en la vista del juicio oral.

Por un lado, se ha declarado<sup>127</sup> que las cintas:

Carecen, no obstante, de valor probatorio las grabaciones y transcripciones telefónicas, por no haber sido reproducidas en el juicio oral, según con carácter general se exige por la jurisprudencia de esta Sala para que cualquier medio acreditativo alcance el rango de prueba, y como de forma específica se requiere para las observaciones telefónicas.

Y, por otro lado, se ha manifestado<sup>128</sup> “no fueran oídas públicamente

---

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.

<sup>125</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 741: “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley. Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.

<sup>126</sup> MONTERO AROCA, J., “El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, pp. 259 y ss.

<sup>127</sup> STS, de 24 de junio de 1997, DER.97/6748.



en el acto de juicio oral por no haberlo solicitado ninguna de las partes, dándose simplemente por reproducidas y considerándose por todos como auténticas y legalmente obtenidas”.

Parece que la tendencia a seguir es esta última, no obedeciendo a lo establecido por la práctica de pruebas y dándose por reproducidas.

- Las transcripciones

Respecto de las transcripciones, cabe reiterar lo ya declarado sobre las mismas en la fase de instrucción. Carecen de utilidad a efectos de pruebas lo que supone que la verdadera fuente probatoria es el soporte en el que está contenida la conversación en cuestión, pudiéndose prescindir de estos instrumentos cuya finalidad es el más fácil uso de las fuentes.

- La veracidad de las voces

Para que la conversación sea efectiva como prueba debe poder asignarse a una persona en concreto, aunque esto no será requerido si únicamente se trata de un acto de investigación. Las voces van a ser consideradas como auténticas cuando haya sido demostrado de quién son, por lo tanto, esta autenticidad no es presumible<sup>129</sup>.

Las maneras de demostrar las voces<sup>130</sup> pueden ser tres: que el titular admita, pudiendo ser tácitamente, que es el titular de la voz; por otros medios de pruebas tales como los testimonios o las pruebas; o por el Tribunal directamente, escuchando la grabación. Otra jurisprudencia<sup>131</sup> ha admitido también como demostración de esa veracidad de la voz la declaración de otro acusado o la de la policía.

En cualquier caso, si el Tribunal considera que la voz ha sido

---

<sup>128</sup> STS, de 19 de enero de 1998, DER. 98/352.

<sup>129</sup> MONTÓN REDONDO, A., “Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1995, p. 1052.

<sup>130</sup> STS, de 27 de octubre de 1993, RJ 1993/7872.

<sup>131</sup> SAP Coruña, de 7 de diciembre de 1993, 113/1993.

identificada a través de la práctica de otro medio probatorio<sup>132</sup>, será tomada como prueba de cargo.

## 4.3 Casos de ilegalidad o nulidad

### 4.3.1 La prueba ilícita

La doctrina referente a la prueba ilícita tuvo su inicio en la STC 114/1984, de 29 de noviembre<sup>133</sup>, en la que se decía:

La admisión en el proceso de una prueba ilícitamente obtenida implicará infracción del artículo 24.2 de la Constitución, porque una prueba así obtenida no es una *prueba pertinente*.

Esta postura, respecto de los medios de prueba así obtenidos, alcanzó su máxima expresión en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>134</sup>: En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

Más se deben matizar los casos en los que es aplicable el efecto anulador de las pruebas<sup>135</sup>, como declara la STS de 31 de octubre de 1998 (RJ 8728), ya que estos no serán extensibles a infracciones de tipo procesal de la legalidad ordinaria, no siendo posible incluso considerarlas como infracciones indirectas del derecho en un proceso con las garantías enunciadas en el artículo 24.2 CE. La razón está en que esta norma no llega a toda la normativa procesal.

Por lo tanto, se debe distinguir entre pruebas irregulares y pruebas ilícitas. Son estas últimas las que al vulnerar los derechos fundamentales serán nulas y, en consecuencia, no surtirán efecto alguno. Otra acción que conllevan son la de la destrucción inminente de

---

<sup>132</sup> STS, de 8 de febrero de 1997, 300/1997.

<sup>133</sup> RIVES SEVA, A.P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, Editorial Aranzadi, 4ª. Edic., 2008, p. 157.

<sup>134</sup> Ley Orgánica de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial, 6/1985, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>, marzo 2014.

<sup>135</sup> DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del CGPJ, 1992, p. 155.

las cintas y transcripciones con las partes presentes, si lo desean y la intervención del Secretario Judicial<sup>136</sup>.

Cabe ahora referirse a las doctrinas del TS y TC sobre la cuestión:

### 1. Doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal ha insistido<sup>137</sup> en que la prueba calificada como nula no será efectiva en el proceso. Según esto, la prueba ilícita tendrá un efecto reflejo sobre otras pruebas que se hubieran servido de esta en su valoración.

Pero ha intentado un tratamiento restrictivo de este efecto, declarando<sup>138</sup> “la prueba ilegítimamente obtenida puede no viciar a las restantes en la causa si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas”.

Sin embargo, en los casos específicos está doctrina relativa al efecto “dominó” de la prueba ilícita<sup>139</sup> puede llevar a la impunidad de situaciones en las que se choca con la realidad y la justicia material. Por esta razón de debe diferenciar entre pruebas que violan esas garantías y pruebas que son obtenidas dentro de ellas.

En este sentido, es destacable el Caso Al Qaeda<sup>140</sup> en el que dijo

No aprecia ninguna razón para sostener que las declaraciones del recurrente hayan venido condicionadas de modo directo o indirecto, pero en cualquier caso relevante, por las pruebas obtenidas con la intervención telefónica o por las derivadas de ella, sino que, por el contrario, sus declaraciones confesando los hechos fueron prestadas de forma libre y con conciencia de las consecuencias de sus manifestaciones.

### 2. Doctrina del Tribunal Constitucional

Este Tribunal, con respecto a las pruebas obtenidas de forma legal que derivan de otras inconstitucionales<sup>141</sup>, ha afirmado que:

---

<sup>136</sup> ATS, de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102.

<sup>137</sup> STS, de 5 de febrero de 1994, RJ 1994/701.

<sup>138</sup> STS, de 20 de mayo de 1994, RJ 1994/3942.

<sup>139</sup> STS, de 8 de octubre de 1996, RJ 1996/7136.

<sup>140</sup> STS, de 31 de mayo de 2006, Rec. 1158/05.

<sup>141</sup> STC, de 14 de marzo de 1994, 85/1994.

Una vez establecido que la intervención del teléfono vulneró el derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución, se ha de concluir que todo elemento probatorio que pretendiera deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas no debió ser objeto de valoración probatoria.

Aunque habrá que tener en cuenta el grado de vinculación de las pruebas entre sí para determinar si son también ilícitas o no<sup>142</sup>.

Por último, hay que afirmar que la conexión de las pruebas será estimada en función del juicio del Tribunal competente<sup>143</sup> “pero su razonabilidad está subordinada a la explicitación de las razones que le llevan a una u otra conclusión y a que tales razones sean suficientes para fundamentarlo”.

#### **4.3.2 Legitimación para reivindicar la violación del secreto de las comunicaciones**

En principio, no hay legitimación existente para la denuncia de derechos fundamentales que no sean propios. En relación a esto, la STS de 31 de octubre de 1998, RJ 8728, negó la legitimación al condenado en la alegación de la vulneración de un derecho fundamental “pues no era el titular de los teléfonos intervenidos, ni corresponden a su domicilio, ni existe llamada alguna efectuada desde ellos al ahora recurrente ni por éste a aquellos”.

Cambiando de dirección, sentencias posteriores como la STS de 1 de junio de 2001, RJ 2001/4587, establecen que:

Es irrelevante que la lesión de derechos cometida para obtener la prueba afecte al sospechoso, al acusado o a un tercero, por ejemplo un testigo. En todo caso si se ha vulnerado, para obtener la prueba, un derecho fundamental, ello determinará la aplicación de lo preceptuado por el artículo 11 LOPJ, dado que éste no exige que el titular del derecho lesionado sea el acusado o alguna parte del proceso. El fundamento de la prohibición de valoración de la prueba es siempre el incumplimiento de la obligación de la autoridad de persecución del delito de las obligaciones que le impone la Constitución de someterse, en su actividad, a las normas del orden jurídico.

---

<sup>142</sup> STC, de 2 de abril de 1998, 81/1998.

<sup>143</sup> STC, de 11 de febrero de 2002, 28/2002.

En conclusión, la vulneración del derecho podrá ser invocada por un tercero siempre y cuando sus derechos puedan verse afectados.

### 4.3.3 Fase del proceso para debatir la validez probatoria

La doctrina más asentada ha considerado<sup>144</sup> que, por ser un derecho fundamental, no va a ser necesario que las sesiones del juicio estén iniciadas para la alegación de la nulidad, en cambio, será posible la reclamación en cualquier momento previo ya sea en la instrucción, fase intermedia o una vez comenzado el juicio oral.

En la instrucción, la nulidad de las escuchas<sup>145</sup> va a poder requerirse por la parte directamente, o por un recurso posible, desde la apreciación de la violación cuando se adopte o ejecute la medida de intervención. El imputado alegará la obtención de la prueba con una vulneración de la norma del artículo 18.3 CE<sup>146</sup> y del procedimiento descrito en el artículo 579 LECrim<sup>147</sup>, provocando una situación de indefensión. Será el instructor de oficio el que tendrá poder para valorar la nulidad de la escucha, que mando ejecutar. Por ello, no será imprescindible la iniciación del juicio para determinar la nulidad probatoria y las de las pruebas conectadas razonablemente con las escuchas, haciendo así que un

---

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Intervenciones telefónicas”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba en el proceso penal*, 1992, p. 459

<sup>145</sup> Ley Orgánica, de 1 de julio 1985, del Poder Judicial, 6/1985, artículo 240: 1. La nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios que establezcan las leyes procesales. 2. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular. En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal.

<sup>146</sup> Constitución Española, de 1978, artículo 18.3: Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

<sup>147</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 579: 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

sobreseimiento de la causa, si fuera factible<sup>148</sup>.

Posteriormente, hay que dividir entre sumario ordinario y el procedimiento abreviado. En primer lugar, en el sumario ordinario no se da un momento específico en el que el órgano judicial pueda manifestar la posible ilicitud probatoria. Tal manifiesto debe ser contenido en la sentencia, que no atenderá a la prueba ilícita para su valoración.

Y, en segundo lugar, en el procedimiento abreviado, por el contrario, está determinado legalmente<sup>149</sup> el momento de plantear la nulidad de la prueba en el proceso que es en el turno de intervenciones preliminares. Hay que tener en cuenta que la audiencia preliminar de esta etapa, no es definitiva “por lo que la alegación de vulneración de un derecho fundamental puede hacerse valer no sólo en el trámite, sino también en los recursos ordinarios o extraordinarios (casación) o en amparo constitucional<sup>150</sup>”.

Por último, es atrayente la cuestión de si una vez que ha sido promovido el tema de la ilicitud por las partes en la fase preliminar, debe decidir el Tribunal obligatoriamente en ese mismo momento<sup>151</sup>. La STS de 3 de febrero de 1998, RJ 1998/723, se pronuncia de la siguiente manera:

Las cuestiones relativas a las pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales, al ser susceptibles de reiteración en el plenario – artículo 678 LECrim -, pueden dar lugar también a la sentencia, sin que respecto de las mismas pueda hablarse de preclusión.

#### **4.3.4 Impugnación de la nulidad de la prueba**

La vía procesal apropiada para oponerse a la sentencia que va a excluir a una prueba determinada, tomándola por nula, es la del artículo 5.4 LOPJ<sup>152</sup>, en conexión con el 24.1

---

<sup>148</sup> PAZ RUBIO, J.M., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Editorial Colex, 1999, p. 246.

<sup>149</sup> Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 793.2: 2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

<sup>150</sup> STS, de 26 de febrero de 1996, RJ 1996/924.

<sup>151</sup> PAZ RUBIO, J.M., *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Editorial Colex, 1999, p. 246.

<sup>152</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 5.4: En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera

CE<sup>153</sup>, que al ocuparse de la tutela judicial efectiva, declarándose la nulidad, hace imposible que la acusación goce de la misma<sup>154</sup>. Sin embargo, se ha estimado<sup>155</sup> que:

Como lo que se cuestiona es la validez o nulidad de un determinado medio probatorio, ello debe de tener su cauce adecuado en las normas orgánicas y procesales que regulan la materia [...] puesto que la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sólo posee trascendencia constitucional en los aspectos atinentes a la arbitrariedad y falta de motivación de la resolución judicial, pero no en cuanto a la selección e interpretación de las normas aplicadas por el órgano jurisdiccional [...] y [...] si el Ministerio Fiscal ha obtenido del órgano jurisdiccional una respuesta suficientemente motivada, se ha satisfecho plenamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Posteriormente, se preciso más nombrando como cauce “una interpretación actualizada del artículo 850.1 de la LECrim”<sup>156</sup> que dice lo siguiente: El recurso de casación podrá interponerse por quebrantamiento de forma: 1. Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

Respecto de la legitimación, se afirma que corresponde a las personas físicas y al Ministerio Fiscal, por ser este último “parte legítima en un proceso” y por su función de “velar por la legalidad del proceso y de su desarrollo con todas las garantías”<sup>157</sup>. Por el contrario, también ha habido opiniones contrarias relativas a la legitimación del ministerio Fiscal<sup>158</sup> “la ostentación de derechos y libertades fundamentales está exclusivamente reservada a los ciudadanos a título individual y, en algunos supuestos, se pueden extender a colectividades ficticias de derecho privado, a las que se les reconoce personalidad jurídica [...]”. Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha expresado favorablemente con respecto a la legitimación directa del Ministerio Fiscal en la impugnación de esta vulneración “las garantías del artículo 24 de la Constitución comprenden a todas las partes del proceso y no

---

que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.

<sup>153</sup> Constitución Española, de 1978, artículo 24.2: 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

<sup>154</sup> RIVES SEVA, A.P., *La intervención de las comunicaciones en proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010, p. 358.

<sup>155</sup> STS, de 26 de septiembre de 1995, RJ 1995/6746.

<sup>156</sup> STS, de 30 de diciembre de 1995, RJ 1995/9639.

<sup>157</sup> STS, de 6 de febrero de 1996, RJ 1996/912.

<sup>158</sup> STS, DE 30 de diciembre de 1995, RJ 1995/9639.

sólo a una de ellas”<sup>159</sup>.

Finalmente, hay que hacer referencia a los efectos que produce este recurso<sup>160</sup> que van a derivar en la rehabilitación del derecho trasgredido con la anulación y la reanudación de las actuaciones al tiempo de su valoración y fallo.

#### **4.4. Análisis jurisprudencial**

En este apartado, se analiza un caso del TEDH, relacionado con escuchas telefónicas, el tan sonado Caso Valenzuela Contreras, de 30 de julio de 1998.

Se produjo una denuncia por razón de amenazas e injurias telefónicas y escritas, iniciándose así un procedimiento penal, en el que el Juez de Instrucción determinó unas escuchas telefónicas, el día 19 de septiembre de 1985, durante un mes a partir del 26 de noviembre a la línea telefónica del mayor sospechoso, el Señor Cosme Valenzuela Contreras, por haberse realizado las llamadas desde el trabajo de este. Todo esto con el respaldo del artículo 18.3 CE y el Título VIII del Libro II LECrim. La interceptación llegó a su término el 20 de diciembre de 1985 por haber ocurrido una avería con las escuchas y el Señor Valenzuela fue enviado a prisión y compelido a pagar una multa por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual manifestó la imposibilidad de determinación absoluta de la culpabilidad por la intervención porque el acusado colgaba cuando el otro auricular era descolgado.

Un recurso de casación y, más tarde, de amparo fue interpuesto por el procesado siendo el resultado de ambos de desestimación ya que la intervención no era el único componente para fundar la convicción del Juez. Igualmente, las amenazas habían sido realizadas también por escrito.

Ante eso, el Señor Valenzuela acusó la vulneración del artículo 8 CEDH ante el TEDH, alegando que la intromisión en sus comunicaciones telefónicas habían supuesto un atentado contra el “respeto de su vida privada”.

Los argumentos dados por el TEDH pueden dividirse en tres:

1. Existencia de una injerencia

---

<sup>159</sup> ATC, de 15 de febrero de 1988, 191/88

<sup>160</sup> STS, de 28 de diciembre de 1994, RJ 1994/10378



La interceptación por parte de la autoridad pública se considera que está dentro del marco del artículo 8.2 CEDH, actuando el demandante en el ejercicio del derecho al respeto de su vida privada y de su correspondencia. No hay disentimiento en relación con este punto, solamente que no es definitivo que el método empleado sea un mero *comptage*, tal como es afirmado por el Gobierno.

## 2. Justificación de la injerencia

En primer lugar, hay que cerciorarse de que efectivamente se cumplen las condiciones del artículo 8.2 CEDH. El Tribunal no duda en que haya cobertura legal referente a esta materia en España, aludiendo así al artículo 18.3 CE. Sin embargo, no están tan claros los parámetros referentes al sentido y naturaleza de las medidas de aplicación. Por ello, el Tribunal procederá a comprobar las condiciones de las normas aplicadas al Señor Valenzuela, concluyendo que sí que se ha protegido al máximo en la medida de lo posible el cumplimiento de la medida, según lo dispuesto en la LECrim “de la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”. Pero las garantías a las que ha aludido el Gobierno no son deducibles del artículo 18.3 CE ni de la LECrim. Por otro lado, el Tribunal Supremo menciona un Auto de 18 de junio de 1992, el cual no supone una interpretación de la legislación aplicable en ese momento sino de la Ley Orgánica que inicio la escuchas de teléfono en el art. 579 LECrim. Igualmente, no todas las exigencias del Convenio pueden inferirse de la Constitución o la LECrim con el objetivo de proteger el respeto de la vida privada y de la correspondencia (Sentencia Malone<sup>161</sup>).

Finalmente, el TEDH llega a la conclusión de que el derecho español no es todo lo claro que debería ser, respecto de las maneras y la amplitud de ejercer el poder por parte de las autoridades, ya que el derecho interno debe regular estas cuestiones con todo detalle. Por lo tanto, se declara la violación del artículo 8 del CEDH.

## 3. Artículo 50 CEDH<sup>162</sup>:

---

<sup>161</sup> STEDH, de 2 de agosto de 1984, 114/1984.

<sup>162</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, artículo 50: Los gastos del funcionamiento del Tribunal correrán a cargo del Consejo de Europa.

Se estima que no existe relación de causalidad entre vulneración del artículo y el perjuicio expuesto y que coincide con lo efectuado por el demandante por su condena por los delitos de amenazas. Debido a esto, se desestima la solicitud.

## **5. BREVE REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES EN INTERNET**

En este apartado va a exponerse sucintamente algunos rasgos de la intervención de las comunicaciones en Internet, obviando los rasgos generales ya que es aplicable lo anteriormente expuesto en la Parte Primera.

### **5.1 La forma de intervención**

Hay una laguna de normativa en relación con la manera específica de llevarla a cabo por lo que, de momento, se fundamenta en supuestos prácticos, necesitándose instrumentos técnicos y humanos disponibles, así como una adaptación de infraestructuras<sup>163</sup>, como apuntaba Vandermeersch.

Una vez que con la autorización judicial de la intervención, es necesario acudir al llamado proveedor de servicios (ISP) para que sea posible su práctica, facilitándole la identidad del usuario o la localización de una red a la que da servicios<sup>164</sup>. Todo esto es posible, contando con que el ISP guarda los datos. Aquí es necesario referirse a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la información y Comercio Electrónico, concretamente a su artículo 12<sup>165</sup>, apartados 1 y 3, que

---

<sup>163</sup> VANDERMEERSCH, D., "Le droit pénal et la procédure pénale confrontés à Internet (les apprentis surfeurs)", en VV.AA., *Internet sous le regard du droit*, Jeune Barreau de Bruxelles, Bruselas, 1997, p. 257.

<sup>164</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 154.

<sup>165</sup> Ley, de 11 de julio de 2002, 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, Artículo 12: 1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo. 3. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales.

permiten la retención de datos. El apartado segundo del mismo artículo<sup>166</sup> añade la característica de conservación de los datos imprescindibles para poder localizar la red así como el origen de los mismos y el comienzo de los servicios y la posibilidad de levantamiento del secreto de las comunicaciones.

Es importante tener en cuenta que las vías de comunicación en la Red son de lo más diverso, por lo que la interceptación habrá de ajustarse al caso específico aunque lo más común es el correo electrónico. Desde 2004, son varios los casos en los que se ha intervenido de manera conjunta las comunicaciones del investigado, es decir, se ha producido la injerencia en la línea ADSL<sup>167</sup>.

En este contexto, es destacable la intervención de comunicaciones de este tipo en el ámbito laboral, originando casos de gran trascendencia pública<sup>168</sup>.

## 5.2 Intervenciones ilícitas

En este tipo de comunicaciones las intervenciones fuera de la ley pueden ser efectuadas por distintos medios tales como: la entrada en el disco duro de un ordenador sin consentimiento, alteración o destrucción de información, el acceso a la cuenta del administrador, la interceptación de mensajes de correo electrónico y de las comunicaciones en general, entre otros<sup>169</sup>. Estas acciones son realizadas por agentes públicos, sobre todo por redes de espionaje; y por agentes privados, siendo siempre ilícitas en esta situación.

---

<sup>166</sup>Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, Artículo 12.2: Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener sólo aquéllos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio. En ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios a que se refiere este artículo no podrán utilizar los datos retenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley, y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado a los mismos.

<sup>167</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 158.

<sup>168</sup> STSJ de Cataluña, de 14 de noviembre de 2000, 9382/2000, VLex: Control del correo electrónico de los empleados. Transgresión de la buena fe contractual.

<sup>169</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 71.

Con respecto a las consecuencias que pueden conllevar estas intromisiones, pueden ser penales<sup>170</sup> cómo ya se había mencionado previamente y puede llevar a la invalidez de las pruebas ilícitamente obtenidas<sup>171</sup>, recordando lo explicado ya con referencia a las comunicaciones telefónicas.

---

<sup>170</sup> Ley Orgánica, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, 10/1995, artículo 197: 1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, acceda sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

<sup>171</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, artículo 11.1: 1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

## CONCLUSIONES

- I. El derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho fundamental, autónomo y formal, cuya vulneración sólo es posible por resolución judicial y que supone la libertad de la comunicación y reserva de la misma frente a terceros y poderes públicos. La titularidad de este derecho la tienen toda persona física y jurídica, incluyendo extranjeros y menores. Las comunicaciones reguladas son todas las que hacen posible una comunicación, aunque sólo algunas sean las enunciadas constitucionalmente.
- II. La vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones se da cuando hay uno o más personas ajenas al proceso comunicativo, que están siendo partícipes del mismo sin el conocimiento de ninguno de los interlocutores, y la intención es efectivamente de intervención. Sin embargo, hay casos que son excepcionalmente lícitos como la suspensión de derechos, las comunicaciones de los internos en centros penitenciarios, los servicios de telecomunicaciones, en el proceso de concursados y quebrados, y cuando media consentimiento.
- III. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 579, regula la intervención de las comunicaciones, estableciendo como presupuesto la existencia de indicios y un plazo de tres meses prorrogable. Los requisitos de la intervención son: jurisdicción exclusiva y procedimiento legalmente establecido, indicios delictivos existentes y el principio de proporcionalidad, los cuales no serán posibles sin que antes haya una resolución judicial motivada y en forma de auto.
- IV. En el curso de la medida de intervención se puede dar con hallazgos casuales, los cuales no se corresponden ni con el delito ni con las personas que están siendo investigadas. En este caso, será fundamental el control judicial, que deberá decidir la resolución que proceda.
- V. La intervención telefónica es una restricción ordenada por un Juez en la fase de instrucción o sumarial con el fin de captar el contenido de las conversaciones para investigar y obtener elementos de prueba; y puede ser un instrumento lícito de investigación o un medio de prueba. Los supuestos de injerencia en este tipo de

comunicaciones son la grabación de conversaciones propias, el tarifador de llamadas y los casos límite.

- VI. En relación a los aspectos procesales de la intervención telefónica, hay que distinguir entre fase de instrucción y juicio oral. En la primera va a ser imprescindible el control del Juez; las cintas originales; las transcripciones mecanográficas, que están sobreestimadas; y la selección de conversaciones pertenecientes a la causa, diferenciándose entre grabación íntegra de conversaciones, exclusión de grabaciones de personas no investigadas y la omisión de conversaciones ajenas a la causa. Por otro lado, los requisitos del juicio oral van a ser los siguientes: la representación no escrita, que son los documentos y la imagen o sonido; la audición de grabaciones, que tienden a “darse por reproducidas”; las transcripciones; y la autenticidad de las voces, que no es presumible.
- VII. La prueba ilícita es aquella que vulnera algún derecho fundamental y, por tanto, es nula. No se debe confundir con la prueba irregular, que supone una infracción de tipo procesal de la legalidad ordinaria. Es destacable el efecto reflejo de la prueba ilícita que afectara a las demás pruebas que de ella se hubieran servido, pero se debe hacer una interpretación restrictiva, evitando este efecto si puede haber una desconexión causal entre ellas. La legitimación para reivindicar la violación del derecho puede ser realizada no sólo por el lesionado sino también por cualquier tercero cuyos derechos puedan verse afectados. Por último, es posible la impugnación de la nulidad de la prueba a través de normas procesales y orgánicas reguladoras de la materia, teniendo legitimación activa el Ministerio Fiscal y las personas físicas y produciendo la rehabilitación del derecho trasgredido.
- VIII. El Caso Valenzuela Contreras contra España fue una muestra de la insuficiente regulación en esta materia en la legislación española.
- IX. Finalmente, hay que hacer mención a la intervención de las comunicaciones en Internet. La laguna normativa es evidente y se basa entonces en supuestos prácticos, siendo ineludible la disposición de elementos humanos y técnicos, y una adaptación de la infraestructuras. En la intervención va a necesitar la colaboración del proveedor de servicios, que es quien va a proporcionar los datos. Los medios de

intervención ilícita son de lo más variado, teniendo en cuenta también que hay gran diversidad de vías de comunicación en la Red.

- X. En mi opinión, es clara la deficiente regulación en relación con las cuestiones analizadas en este trabajo y, por ello, se necesita una mayor positivización y concreción para resolver las distintas dudas y contradicciones, que genera el artículo 579 LECrim y sigue ocasionando. Los asuntos que podrían definirse en un futuro podrían ser las modalidades de injerencia de los nuevos medios de comunicación, el control del Juez del desarrollo de las medida dentro del parámetro de proporcionalidad, la admisibilidad de los hallazgos casuales, entre otras muchas cuestiones que son relevantes.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Libros, artículos y trabajos de investigación:

- ABAD YUPANQUI, Samuel B., “El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial”, *Pensamiento Constitucional*, Año XVI, N° 16.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Dykinson, noviembre 2001, Madrid.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, Enrique, “El derecho al secreto de las comunicaciones”, *Dialnet*, Universidad de La Rioja.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- DÍAZ CABIALE, J.A., *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Cuadernos del CGPJ, 1992.
- DÍAZ REVORIO, F. Javier, “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.
- De DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, “La voz como elemento identificador del delincuente”, *Revista del Poder Judicial*, nº 69, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Civitas Ediciones, Madrid, 2004.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Los procesos penales. Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*, tomo IV, Bosch, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal/Iure, Madrid, 1999.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.
- MAGRO SERVET, Vicente, “La proposición de la prueba en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal Penal y Penitenciario*, núm. 35, 2007.



- MARCO URGELL, Anna, “Análisis jurisprudencial del derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 C.E.)”, *Trabajo de investigación de doctorado, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público*.
- MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Cívitas, Madrid, 1995.
- MAZA MARTÍN, José Manuel, “La intervención judicial de las comunicaciones a través de Internet”, *Internet y Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial-CGPJ, Madrid, 2001*.
- MONTERO AROCA Juan, *Las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MONTÓN REDONDO, Alberto, “Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1995.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 1995.
- PAZ RUBIO, MENDOZA MUÑOZ, OLLÉ SESÉ y RODRÍGUEZ MORICHE, *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los Tribunales*, Editorial Colex, 1999.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Espasa Calpe, 22ª Edición, Madrid, 2001.
- RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La intervención de las comunicaciones en proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.
- RODRÍGUEZ LAINZ José Luis, *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, Bosch, Barcelona, mayo, 2002.
- RODRÍGUEZ RAMOS, “La prueba en el proceso penal”, *Las intervenciones telefónicas*, CDJ, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca, *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, Ciencias jurídicas, Madrid, 1998.
- ROVIRA VIÑAS, Antoni, “El abuso de los derechos fundamentales”, *Revista Política Comparada* núm. 4 (1981).
- VANDERMEERSCH, Damien, “Le droit pénal et la procédure pénale confrontés à Internet (les apprentis surfeurs)”, en VV.AA., *Internet sous le regard du droit*, Jeune Barreau de Bruxelles, Bruselas, 1997.

- De VICENTE Remesal, J.: “Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas: atipicidad de recepciones casuales. Consideración sobre el empleo de teléfonos inalámbricos”, *Poder Judicial*. no 17.

## II. Recursos de Internet:

- Administración de Justicia, <https://www.administraciondejusticia.gob.es>
- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, <http://www.boe.es/boe>
- Análisis del derecho al secreto de las comunicaciones, <http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/9115/treballrecerca.pdf?sequence=1>
- Ascensión Elvira Perales, El Derecho al Secreto de las Comunicaciones, [http://documentostics.com/component/option,com\\_docman/task,doc\\_view/gid,408/Itemid,3/](http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,408/Itemid,3/)
- Sentencias relevantes sobre el secreto de las comunicaciones, <http://cita.es/escuchas/sentencias/>
- Derecho Constitucional, <http://www.derechoconstitucional.es>
- Derecho Procesal – ull, Auto Caso Naseiro, <http://derechoprosal-ull.blogspot.com.es/2007/03/auto-caso-naseiro.html>
- HUDOC, <http://hudoc.echr.coe.int>
- EUR-Lex, <http://eur-lex.europa.eu>
- Instituto de Derecho Procesal, <http://www.institutoderechoprosal.org>
- INTECO, Guías Legales, [www.inteco.es](http://www.inteco.es)
- Ministerio Público, <http://www.procuraduria.gov.do>
- Noticias jurídicas, <http://noticias.juridicas.com>
- Thomson Reuters, Reforma penal, <http://www.reformapenal.es>
- Tribunal Constitucional de España, <http://hj.tribunalconstitucional.es>
- WIKIPENAL, <https://wikipenal.wikispaces.com>

## III. Legislación:

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, de 2000.
- Constitución Española, de 1978.

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950.
- Fuero de los españoles, de 1945.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.
- Ley Orgánica de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial, 6/1985.
- Ley, de 11 de julio de 2002, 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.
- Ley, 43 /2010, de 30 de diciembre, del Servicio Postal Universal, de los Derechos del Usuario y del Mercado Postal.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966.
- Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Reglamento de Correos, Decreto 1653/1964, de 14 de mayo.