

## ÍNDICE

<b>PRINCIPALES ABREVIATURAS</b> .....	3
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS</b> .....	7
1. Introducción.....	7
2. Derecho fundamental a la intimidad.....	10
3. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones .....	11
3.1. Grabación realizada por los interlocutores.....	12
3.2. Interpretación del término “comunicación” .....	13
4. Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio .....	16
5. Derechos fundamentales afectados por la intervención de las comunicaciones orales directas .....	19
<b>CAPÍTULO II. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	22
1. Las diligencias de investigación en el proceso penal .....	22
2. Régimen jurídico de la diligencia de intervención de las comunicaciones orales directas .....	25
2.1. Ausencia de desarrollo legislativo.....	25
2.1.1. Problemática en relación con la aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales .....	25
2.1.2. Argumentos en contra de la ausencia de regulación.....	30
2.1.3. Argumentos a favor de la ausencia de regulación .....	33
2.2. La intervención de las comunicaciones orales directas de las personas privadas de libertad .....	36
2.2.1. Régimen general de las comunicaciones orales directas del interno ...	39
2.2.2. Régimen especial de las comunicaciones orales directas del interno con su Abogado defensor .....	43
A) Requisitos que deben cumplirse .....	43
B) Posible afectación al derecho de defensa.....	46
2.2.3. Grabaciones realizadas en los calabozos de los detenidos en dependencias policiales .....	47
2.3. Nueva regulación prevista mediante el Proyecto de Ley Orgánica que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal .....	48

2.3.1.	Introducción .....	48
2.3.2.	Análisis crítico de la reforma en materia de captación y grabación de comunicaciones orales directas .....	51
A)	Disposiciones comunes y específicas .....	51
a)	Principios rectores.....	51
b)	Solicitud de autorización judicial .....	54
c)	Resolución judicial .....	56
d)	Duración y cese.....	59
d.1.	Duración .....	59
d.2.	Secreto .....	61
d.3.	Prórrogas.....	63
d.4.	Cese de la medida .....	64
e)	Control de la medida.....	65
f)	Afectación de terceras personas.....	67
g)	Utilización de la información en otro procedimiento distinto y descubrimientos casuales .....	67
h)	Destrucción de los registros .....	68
i)	Grabación de las comunicaciones orales directas.....	70
j)	Presupuestos.....	70
B)	Propuestas de mejora .....	72
a)	Acceso de las partes a las grabaciones.....	72
b)	Secreto profesional .....	73
c)	Investigación mediante agente encubierto.....	74
<b>CAPÍTULO III. VALIDEZ PROBATORIA DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS.....</b>		<b>75</b>
1.	Prueba y juicio oral.....	77
2.	Introducción de las grabaciones en el juicio oral .....	78
2.1.	La prueba documental .....	80
2.1.1.	Concepto de documento.....	80
2.1.2.	El documento como prueba .....	82
2.1.3.	Transcripciones como prueba documental.....	83
2.2.	La prueba testifical .....	84
2.3.	La prueba pericial de reconocimiento de voces .....	85
<b>CONCLUSIONES .....</b>		<b>86</b>

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	89
<b>WEBGRAFÍA</b> .....	94
<b>ANEXO JURISPRUDENCIAL</b> .....	95
I. <b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL</b> .....	95
II. <b>TRIBUNAL SUPREMO</b> .....	96

## PRINCIPALES ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CD	<i>Compact Disc</i>
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CP	Código Penal
DVD	<i>Digital Versatile Disc</i>
Ed.	Edición
F.j.	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Núm.	Número
Ob. cit.	Obra Citada
Pág.	Página
RP	Reglamento Penitenciario
S	Sentencia
Ss.	Siguientes
T.	Tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en el estudio de la intervención de las comunicaciones orales, directas o en persona, es decir, aquellas comunicaciones que no precisan de ningún artificio técnico para su realización, la cual puede ser utilizada como medida de investigación en el proceso penal. Sin embargo, en la actualidad no encontramos regulación expresa sobre ella en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta diligencia de instrucción consiste en la instalación de aparatos de escucha, grabación y reproducción del sonido e imagen, para captar el contenido de la conversación desarrollada de forma oral y directa entre dos o más personas, con la finalidad de obtener datos que permitan la averiguación del sujeto responsable del hecho delictivo, de las circunstancias de comisión del mismo y de la obtención de material incriminatorio suficiente que pueda hacerse valer en la fase del juicio oral.

El acceso al contenido de las comunicaciones se ha convertido en un medio de investigación imprescindible para el descubrimiento de delitos graves, pero dicho acceso se encuentra limitado por la exigencia de unas garantías que deben respetarse para evitar el conocimiento del contenido de la comunicación por parte de terceros no autorizados. De ser así, se vulnerarían derechos fundamentales como el de la intimidad o el secreto de las comunicaciones.

En concreto, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 de la Constitución Española<sup>1</sup> (CE) no tiene un carácter absoluto, sino que puede verse limitado por resolución judicial dando lugar a una intromisión legítima. Con esta finalidad, la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>2</sup> (LECrim) regula en sus arts. 579 y siguientes los procedimientos a seguir para detener o intervenir la correspondencia privada, postal, telegráfica y telefónica, cuando tal medida resulte de utilidad en el transcurso de un proceso penal. Sin embargo, y por lo que nos interesa en este trabajo de investigación, no encontramos en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que autorice expresamente la intervención de las comunicaciones orales directas, ni mucho menos que nos determine el procedimiento a seguir y las garantías a respetar en tales casos. Por lo tanto, esta ausencia de regulación supone plantearnos si cabe la posibilidad de admitir su adopción en el curso de una investigación judicial penal.

---

<sup>1</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 [BOE-A-1978-31229], págs. 29313 a 29424.

<sup>2</sup> BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882 [BOE-A-1882-6036], págs. 803 a 806.

La actividad probatoria que concierne a los sujetos procesales resulta imprescindible para que en el proceso penal el Juez o Tribunal cumpla con su obligación de descubrir la verdad material. Pero esta actividad probatoria, además de estar subordinada a los principios de contradicción e igualdad, también está presidida por el respeto de las garantías constitucionales y ordinarias<sup>3</sup>. De modo que, tal y como prevé el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>4</sup> (LOPJ), cualquier actividad encaminada a obtener las fuentes de prueba para ser incorporadas al proceso, “será válida siempre que no se infrinjan o vulneren los derechos fundamentales, ya que la verdad no puede ser hallada a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales”<sup>5</sup>. Mediante las grabaciones ilegítimas podrían obtenerse datos de relevancia para la instrucción de la causa criminal, pero el fin de conseguir la verdad procesal no es el más alto fin en la Constitución. Las vulneraciones a los derechos fundamentales podrían reportar consecuencias perjudiciales no solo para las personas directamente afectadas sino para terceros y, en definitiva, para la sociedad democrática en general<sup>6</sup>.

Hoy en día, esta actividad probatoria lícita puede obtenerse tanto a través de los tradicionales medios de investigación contemplados en la LECrim, como mediante los nuevos medios que proporciona la ciencia y la técnica. Así lo viene reiterando la doctrina y la jurisprudencia ya desde 1988, año en el cual la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) sostenía que “las relaciones de medios probatorios de las leyes de procedimiento no tienen carácter de exhaustivas, en cuanto configuran una ordenación acorde con el momento en el que se promulgan. Las innovaciones tecnológicas pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal en la medida en que son expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer”<sup>7</sup>.

En cuanto a la estructura del presente trabajo, éste se divide en tres partes diferenciadas: en primer lugar, examinaremos la legitimidad constitucional de la intervención de las comunicaciones orales directas. Seguidamente nos centraremos en su legalidad, dada la

---

<sup>3</sup> Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas de las comunicaciones orales directas en el marco del proceso penal* en “Derechos Humanos, Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García”, Coord. Zugaldía, José Miguel., y Roca, Eduardo. 1ª ed. Granada: Universidad de Granada, 2001. Pág. 701. 84-338-2802-9.

<sup>4</sup> BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985 [BOE-A-1985-12666], págs. 20632 a 20678.

<sup>5</sup> STC 145/2014, de 22 de septiembre, ponente Don Fernando Valdés Dal-Ré, antecedente 2º.

<sup>6</sup> Jiménez Campo, Javier. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, nº 20, pág. 50.

<sup>7</sup> STS de 5 de febrero de 1988 [RJ 1988\857], ponente Don Enrique Ruiz Vadillo, f.j. 1º.

falta de desarrollo legislativo al respecto y estudiaremos la posición adoptada por la jurisprudencia entorno a este tema. Pero no nos limitaremos a analizar la situación vigente, sino que nuestro objetivo final es examinar el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica aprobado el pasado 13 de marzo de 2015, valorando a su vez las ventajas e inconvenientes que presenta y sugiriendo posibles soluciones, que bajo nuestro punto de vista, resultan más satisfactorias. Asimismo, nos ocuparemos de la intervención de tales comunicaciones dentro del ámbito penitenciario. Y, finalmente, analizaremos la eficacia probatoria que pueden tener las grabaciones de estas comunicaciones en el marco de un proceso penal. Para todo ello nos hemos basado en las diferentes posiciones que adoptan la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

Por último, queremos destacar la motivación que nos ha llevado a escoger este tema para el trabajo de final de Grado. Así, dada la importancia que conlleva esta medida de investigación por su utilidad para el esclarecimiento de los hechos en la fase de instrucción de un proceso penal y, ante la falta de regulación al respecto, entendimos que se trataba de un tema idóneo y de extrema actualidad para investigar. Y más cuando en diciembre de 2014 fue aprobado el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el cual se incorporaba como tal esta diligencia de investigación. Asimismo, debemos señalar que durante la realización del trabajo ha sido aprobado por el Consejo de Ministros, en concreto el día 13 de marzo de 2015, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula a su vez esta medida de investigación tecnológica<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de las medidas de investigación tecnológica. Extraído de Ministerio de Justicia (2015, 13 de marzo). *Normas en tramitación. Proyectos de Ley remitidos a las Cortes Generales*. Recuperado el 14 de marzo de 2015 de <<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-remitidos-cortes>>

# CAPÍTULO I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS

## 1. Introducción

Los derechos fundamentales son fruto del Estado moderno y como tal responden a un sistema político inspirado en los principios y valores democráticos, donde el poder del Estado se encuentra limitado por el respeto a los individuos que lo forman<sup>9</sup>. Puede entenderse que la causa en la que los derechos fundamentales encuentran su principio legitimador es la dignidad de la persona. El respeto a su dignidad le confiere al individuo la posibilidad del desarrollo y afirmación de todos aquellos derechos que le son esenciales o inherentes a su condición de persona y que deben serle universalmente reconocidos. Podemos así decir que todos los derechos que la Constitución proclama van dirigidos a posibilitar el desarrollo del ser humano exigido por su misma dignidad<sup>10</sup>.

Los derechos constitucionales nacen fuera de cualquier negocio jurídico y solo existen por disposición de la Constitución, imponiendo su titularidad al margen de la voluntad de la persona a quien se destinan. Expresan los espacios de libertad y de dignidad de la persona humana considerados como indispensables para la convivencia democrática. Han sido denominados derechos humanos porque se entiende que surgen de las necesidades más profundas de la persona como individuo y como miembro de un grupo social y político. Pero también se denominan derechos fundamentales porque conforman las bases o fundamentos del conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico asegura a la persona<sup>11</sup>.

Existen, según DÍEZ PICAZO<sup>12</sup>, dos posibles concepciones de los derechos fundamentales, no necesariamente incompatibles entre sí. Por un lado tenemos la concepción material, según la cual los derechos fundamentales son aquellos derechos que se reconocen a todas las personas por el mero hecho de serlo. Se trata de derechos inherentes a la condición de persona, y por ello se trata de derechos universales, en el sentido de que corresponden necesariamente a todas las personas, concebidas como

---

<sup>9</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. Pág. 23. 84-8442-073-6.

<sup>10</sup> Fernández Segado, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, nº 34, pág. 202.

<sup>11</sup> Aparicio, Miguel Ángel ; Barceló, Mercè. *Manual de Derecho Constitucional*. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2009. Pág. 604. 978-84-96758-96-7.

<sup>12</sup> *Sistema de Derechos Fundamentales*. 4ª ed. Navarra: Aranzadi, 2013. Págs. 30 a 31. 97-884-470-3802-2.

tales por el ordenamiento jurídico que se trate. Por lo tanto, la concepción material nos da a entender que lo verdaderamente característico de este tipo de derechos es su contenido independientemente del régimen jurídico en el que se encuentren.

Sin embargo, por otro lado, se alza la concepción formal de los derechos fundamentales, según la cual lo importante no es el contenido de los mismos, sino el rango de la norma que los reconoce, de modo que solo se considerarían como tales aquéllos que están declarados en normas constitucionales o, por lo menos, en normas de rango suprallegal. Según esta concepción, lo verdaderamente significativo es que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, incluido al propio legislador democrático debido a que están recogidos en normas de rango superior al de la ley. Así, esta concepción formal solo es admisible en ordenamientos jurídicos provistos de constitución y de control de constitucionalidad de las leyes, ya que solo en estos casos es posible invocar derechos frente al legislador.

Siguiendo a DÍEZ PICAZO<sup>13</sup>, cabe mencionar también que los derechos fundamentales están provistos por dos mecanismos procesales específicos de protección, tal y como establece el art. 53.2 CE<sup>14</sup>, que serían el procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo. Un procedimiento preferente y sumario consiste en un procedimiento que se tramita con prioridad (“preferente”) y que solo puede versar sobre supuestas violaciones de derechos fundamentales, no sobre cualquier otra cuestión que surja en el mismo caso (“sumariedad”). Cumple con la necesidad de una vía rápida para remediar vulneraciones de derechos fundamentales. Pero hay que tener en cuenta que este procedimiento no es de utilización necesaria, sino que también se permite una protección de tales derechos acudiendo a procesos ordinarios.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) es, junto con el procedimiento preferente y sumario, la otra vía de protección jurisdiccional reforzada de los derechos fundamentales. Éste se caracteriza por su carácter extraordinario, ya que solo se puede utilizar para solicitar la protección de los derechos fundamentales. De esta finalidad exclusiva del recurso de amparo, se genera una importante consecuencia

---

<sup>13</sup> *Sistema de Derechos...*, ob. cit., págs. 75 a 85.

<sup>14</sup> “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

práctica y es que no cabe el recurso de amparo contra el exceso de protección de los derechos fundamentales, es decir, si se considera que las normas sobre derechos fundamentales se han interpretado y aplicado incorrectamente otorgándole al particular más de lo debido, no se puede acudir a este recurso para solucionar el problema<sup>15</sup>. Por lo tanto, el recurso de amparo solo es admisible para quien pretende la protección de los derechos fundamentales, no para quien se opone a ella. Por otra parte, el recurso de amparo tiene carácter subsidiario, ya que solo opera en última instancia, cuando los tribunales ordinarios no han resuelto satisfactoriamente a su favor, así lo indica el inciso “en su caso” del art. 53.2 CE, demostrando la manera en que el constituyente concibió el recurso de amparo como una garantía adicional y última de los derechos fundamentales<sup>16</sup>.

Sin embargo, ha de ponerse de relieve que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado, sino que puede limitarse en su contenido y en su ejercicio teniendo en cuenta las necesidades de la vida en sociedad. El Estado que los reconoce y los protege puede, a su vez, imponer restricciones imprescindibles para garantizar los intereses de la sociedad<sup>17</sup>.

Una vez introducido el concepto de derecho fundamental y entrando en nuestra materia objeto de estudio, la actividad de captación de imágenes y sonidos como método de obtención de fuentes de prueba plantea el riesgo de entrar en fricción, si no con todos, con buena parte de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 18 CE<sup>18</sup>, esto es, con el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. Ello es consecuencia de la estrecha relación existente entre los derechos objeto de protección en el art. 18 CE, pues como señala ESPÍN TEMPLADO, “la interpretación contextual del art. 18 CE lleva a la conclusión de que, con independencia de que los derechos en él mencionados se reconozcan y configuren como derechos autónomos, el conjunto de los mismos tiene el común objetivo de la protección y garantía de la vida privada. La vida privada se revela, por consiguiente, como un bien constitucional autónomo, distinto de los

---

<sup>15</sup> Cascajo, José L. ; Gimeno, Vicente. *El recurso de amparo*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1992. Pág. 45. 84-309-1621-0.

<sup>16</sup> Generoso, María Flor. *Práctica del recurso de amparo constitucional*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 1998. Pág. 38. 848-1553-73-5.

<sup>17</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 29.

<sup>18</sup> Bacigalupo, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2002. Pág. 187. 84-7248-912-4.

diferentes derechos recogidos en el art. 18 CE y protegido precisamente por el conjunto de tales derechos”<sup>19</sup>.

En el siguiente epígrafe pasaremos a analizar con más detalle cómo se ven afectados cada uno de estos derechos fundamentales. No obstante, cabe resaltar previamente que si bien la intervención de las comunicaciones se ha convertido en un instrumento fundamental en la fase de instrucción de gran cantidad de procesos penales, no debemos entender por ello que se trata de un instrumento a disposición de los poderes públicos. La interceptación de las comunicaciones habrá de considerarse como una medida excepcional, nunca como un medio normal de investigación, precisamente porque están en juego derechos fundamentales<sup>20</sup>.

## **2. Derecho fundamental a la intimidad**

En la actualidad el derecho a la intimidad se considera uno de los derechos fundamentales más valorados<sup>21</sup>. Numerosas son las definiciones que se han dado sobre este derecho, si bien en todas ellas es posible encontrar ciertos elementos comunes. La mayoría de estas definiciones doctrinales y jurisprudenciales hacen referencia a una concepción amplia de la intimidad, englobando todo un abanico de manifestaciones que en nuestro ordenamiento jurídico actual tienen entidad suficiente para configurarse como verdaderos derechos autónomos e independientes, sin perjuicio de que se pueda buscar un fundamento último de los mismos en la idea de lo íntimo<sup>22</sup>. De modo que se concibe el derecho a la intimidad como un telón de fondo en el que se destacan derechos más concretos que son objeto de reconocimiento autónomo, como sería la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE)<sup>23</sup>.

Para nuestro Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE aparece como un derecho fundamental “estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado sin duda de la dignidad de la persona, que reconoce el art. 10 CE, y que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad

---

<sup>19</sup> Espín Templado, Eduardo. Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991 n° 8, pág. 44.

<sup>20</sup> STS 841/2005, de 28 de junio [RJ 2005\6772], ponente Don Francisco Monderde Ferrer, f.j. 1º.

<sup>21</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 33.

<sup>22</sup> Batlle, Georgina. *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. 1ª ed. Valencia: Marfil, 1972. Pág. 13. 84-732-8523-9.

<sup>23</sup> Rodríguez, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. 1ª ed. Madrid: McGraw-Hill, 1998. Pág. 25. 84-481-1194-X.

mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”<sup>24</sup>. Estrechamente ligada a la idea de intimidad se encuentra la idea de “reserva”, como poder del individuo de excluir de sus vivencias a aquellas personas que no merecen su confianza. Así, ha de entenderse que la intimidad implica un control sobre las propias experiencias, sentimientos, conocimientos y sobre la información que de nosotros mismos queremos dar a los otros individuos e incluso al Estado<sup>25</sup>.

### **3. Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones**

El derecho al secreto de las comunicaciones se encuentra reconocido en el art. 18.3 de la Constitución<sup>26</sup>. *A priori* podría pensarse que todas las normas del art. 18 no son más que distintas manifestaciones de la protección de la intimidad; sin embargo, el derecho al secreto de las comunicaciones no se presenta como especificación del derecho a la intimidad, sino que su protección tiene una entidad propia, ya que las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido, tanto si se trata de comunicaciones de carácter íntimo o de otro género, o incluso aunque no se entre a conocer el contenido de la comunicación. De esta forma, el derecho al secreto de las comunicaciones adquiere un significado propio separado del derecho a la intimidad, configurándose, pues, como un derecho autónomo<sup>27</sup>.

Como ha puesto de relieve, de forma unánime, la doctrina y lo ha recogido la jurisprudencia, el art. 18.3 CE tiene un contenido puramente formal. Ello, lo refleja con claridad la STC 114/1984, de 29 de noviembre<sup>28</sup>, en su fundamento jurídico 7º; el cual indica 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”. Así pues, la intimidad actúa como derecho suplementario del derecho al secreto de las comunicaciones, de manera que toda comunicación es, para la norma fundamental, secreta, aunque solo algunas serán íntimas. Por el contrario, el concepto de “intimidad” tiene carácter material, mediante el cual el ordenamiento designa el área que cada

---

<sup>24</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre, ponente Don Luis López Guerra, f.j. 3º.

<sup>25</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...* ob. cit., págs. 37 a 38.

<sup>26</sup> “Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.

<sup>27</sup> Elvira, Ascensión. *Derecho al secreto de las comunicaciones*. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2007. Págs. 15 a 16. 978-84-96717-51-0.

<sup>28</sup> Ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

persona se reserva para sí, apartándola del conocimiento de terceros, impidiendo así tanto el conocimiento de lo reservado como su divulgación dañosa para el titular del derecho con el fin de respetar la vida privada<sup>29</sup>. En definitiva, con el derecho al secreto de las comunicaciones se defiende “uno de los ámbitos de la vida del individuo, el relacionado con sus comunicaciones, frente a ataques de terceros, sin atender a qué contenido de ese ámbito (personal, íntimo o reservado) puede ser afectado por el ataque”<sup>30</sup>. Es esta dualidad entre nociones materiales –intimidad- y formales -secreto de las comunicaciones- la que marca con nitidez el distinto régimen de ambos derechos<sup>31</sup>.

### **3.1. Grabación realizada por los interlocutores**

Dentro del análisis del derecho al secreto de las comunicaciones y sus límites, debemos señalar que éste no se vulnerará si la grabación la realiza alguno de los interlocutores que participan en la conversación, ya que éstos últimos son los titulares de tal derecho, de manera que la reserva de las comunicaciones se impone solo frente a terceros ajenos al acto de la comunicación. Así pues, el levantamiento del secreto por uno de los participantes no se consideraría violación del art. 18.3 CE, sino, en su caso, vulneración del derecho a la intimidad<sup>32</sup>. Así mismo lo expresa la STC 114/1984, de 29 de noviembre<sup>33</sup>, al decirnos que sobre los comunicantes pesa “un posible “deber de reserva” que, de existir, (el propio Tribunal tiene sus dudas) tendría un contenido estrictamente material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado”. Esta misma sentencia indica que: “sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de “comunicación”, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”.

Sin embargo, también se podría entender que no existe vulneración de la intimidad del interlocutor, cuando éste es quien emite voluntariamente sus opiniones o secretos a otro, porque “sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o

---

<sup>29</sup> Jiménez Campo, Javier. La garantía constitucional..., ob. cit., págs. 40 a 42.

<sup>30</sup> Martín, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1995. Pág. 34. 97-88-4470-0610-6.

<sup>31</sup> Jiménez Campo, Javier. La garantía constitucional..., ob. cit., pág. 42.

<sup>32</sup> Elvira, Ascensión. *Derecho al secreto...*, ob. cit., pág. 18.

<sup>33</sup> Ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 7º.

menos confiadamente, a los que le escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico”<sup>34</sup>. Más reveladora es la STS 883/1994, de 11 de mayo<sup>35</sup>, al considerar que “no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás (...). Dicho en otras palabras: el art. 18 CE no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro (...). La grabación de las palabras de los acusados realizadas por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad. La Constitución y el derecho ordinario no podrán establecer un derecho a que la exteriorización de los propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos el art. 259 LECrim (...)”.

### **3.2. Interpretación del término “comunicación”**

Debemos abordar ahora la interpretación del término “comunicación”, empleado por el art. 18.3 CE, siendo éste fundamental para justificar la constitucionalidad de una intervención de comunicaciones orales directas. Así pues, es necesario concretar qué se entiende por “comunicación”, puesto que su determinación conlleva el elemento material del objeto del derecho. Determinar cuál es la extensión del concepto constitucional de comunicación ha suscitado mucha polémica debido a las distintas posiciones doctrinales.

Por un lado, una interpretación restrictiva determina que las comunicaciones a las que se da protección en el citado precepto -y por tanto las únicas cuyo secreto puede levantarse mediante autorización judicial-, son aquellas que se mantienen a través de un instrumento técnico, y no las desarrolladas de forma directa entre los interlocutores. Esta posición es sostenida por JIMÉNEZ CAMPO, quien afirma que “solo es comunicación, para los efectos del precepto que se examina, aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico, quedando fuera del ámbito de esta disposición las conversaciones directas o en persona”<sup>36</sup>. Este autor considera que la comunicación

---

<sup>34</sup> Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 705.

<sup>35</sup> [RJ 3687/1994], ponente Don Enrique Bacigalupo Zapater, f.j. 3º.

<sup>36</sup> Jiménez Campo, Javier. *La garantía constitucional...*, ob. cit., pág. 49.

directa es secreta pero en un sentido distinto a como lo son las comunicaciones a las que se refiere el art. 18.3 CE. Es secreta porque se ha realizado directamente de manera reservada, sin confiarla a medio técnico alguno, de modo que los interlocutores la han integrado en su propio ámbito de intimidad, adoptando una conducta distinta a la que se adopta cuando se recurre a un medio técnico de comunicación, el cual siempre puede ser vulnerable. Por ello, este tipo de relación personal directa halla su protección en el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, derecho no sujeto a un tipo de intervención judicial como la admitida en el número 3 del mismo artículo, aunque sí objetivamente delimitable<sup>37</sup>. Por esta razón, si a través de la instalación de aparatos técnicos de escucha y grabación del sonido “se afecta a la esfera garantizada en el art. 18.1 de la norma fundamental, el acto del poder público no podrá justificarse en la norma presente del art. 18.3 y resultará, casi sin duda, ilegítimo”<sup>38</sup>.

En la misma línea, postulada por la interpretación restrictiva del concepto “comunicación”, nos encontramos con MARTÍNEZ RUÍZ<sup>39</sup> quien también considera que la captación de las conversaciones directas o entre personas no vulnera de ningún modo el derecho al secreto de las comunicaciones, pudiendo, en su caso, lesionar el derecho a la intimidad.

En este sector de la doctrina, destacan también ELVIRA PERALES y RODRÍGUEZ RUÍZ, que a su vez se decantan por restringir el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones a aquellas que se instrumentalizan a través de los referidos artificios técnicos. Así, por un lado, ELVIRA PERALES considera que esto es así porque en la intervención de una comunicación directa se vulneraría, según el caso, el derecho a la intimidad, pero nunca el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>40</sup>. Mientras que, por otro lado, RODRÍGUEZ RUÍZ indica que las comunicaciones a distancia tienen rasgos que claramente las distinguen de las que se realizan en presencia de los comunicados. La clave está en su secreto. En las comunicaciones a distancia, en efecto, el secreto está objetivamente garantizado desde el punto de vista técnico, mientras que las comunicaciones de persona a persona, por el contrario, no ofrecen

---

<sup>37</sup> En este mismo sentido se pronuncia Martín, Ricardo. *El régimen constitucional...*, ob. cit., pág. 52, para quien “no son comunicación, a efectos constitucionales, las conversaciones directas o en persona, las cuales, en su caso, quedarán protegidas por el art. 18.1 CE”.

<sup>38</sup> Jiménez Campo, Javier. *La garantía constitucional...*, ob. cit., pág. 50.

<sup>39</sup> *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2004. Págs. 126 a 129. 84-9790-028-6.

<sup>40</sup> Elvira, Ascensión. *Derecho al secreto...*, ob. cit., pág. 16.

ninguna garantía técnica de su secreto, es decir, forma parte de su naturaleza el entender que miembros no autorizados del público puedan presenciarlas, oírlas o grabarlas. Así pues, la interceptación de este tipo de comunicaciones solo equivale a una intromisión en la intimidad<sup>41</sup>. Al mismo tiempo, esta autora refuerza su punto de vista mencionando que el hecho de que el legislador en el art. 18.3 CE se refiriera en su día especialmente a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, parece apuntar a que es en éstas en las que estaba pensando el constituyente, de modo que la cláusula “especialmente” no autoriza a ampliar la cobertura del derecho a cualquier tipo de comunicación, sino que se limita a actuar como fórmula de apertura de cara al desarrollo futuro de nuevas formas de comunicación a distancia<sup>42</sup>.

Pese a lo que acabamos de señalar, existen argumentos suficientes para defender una amplia interpretación de signo contrario que permita afirmar la legitimidad constitucional de una medida como es la intervención de las comunicaciones orales directas. En este sentido se pronuncian NOYA FERREIRO y ORDOÑO ARTÉS, cuyos motivos aducidos, consideramos, desbancan a los mencionados anteriormente.

Desde esta postura doctrinal, se considera que los tipos de comunicación a que se hace mención en el art. 18.3 CE lo son a título de ejemplo, es decir, consiste en una simple cita ejemplificativa, encontrándonos por tanto ante un *numerus apertus*, de modo que la norma extiende su ámbito a todas las formas existentes presentes y futuras<sup>43</sup>. Según estos autores, la utilización del término “especialmente” permite entender que junto a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, otros posibles medios de comunicación también tienen su secreto garantizado por dicho precepto constitucional. Este precepto otorga protección a la libertad y al secreto de todo tipo de comunicaciones, cualquiera que sea el medio utilizado para ello, puesto que una cosa es la comunicación y otra el medio a través del cual se produce. Debemos señalar que el medio de comunicación más usual es desde luego la comunicación oral, por lo tanto, los interlocutores que participan en ella tienen el mismo derecho que los que intervienen en otras modalidades de comunicación a elegir libremente a aquellos a quienes quieren hacer partícipes de sus pensamientos. De lo contrario, su derecho al secreto se

---

<sup>41</sup> Rodríguez, Blanca. *El secreto de las comunicaciones...*, ob. cit., pág. 67.

<sup>42</sup> Rodríguez, Blanca. *El secreto de las comunicaciones...*, ob. cit., págs. 64 a 72.

<sup>43</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 106 a 107.

vulneraría en el momento en que se coloca un aparato de escucha que permite a terceros el acceso a una conversación en la que no han sido llamados a participar<sup>44</sup>.

Si excluimos las conversaciones orales directas del ámbito de protección del tercer párrafo del art. 18 CE, éstas quedarían totalmente desamparadas, salvo que las incluyéramos en el art. 18.1 CE. Sobre ello se muestra contraria NOYA FERREIRO, dado que éste último artículo consagra el derecho a la intimidad de las personas, derecho de contenido material, mientras que el derecho al secreto lo es de contenido formal, tal y como se ha explicado anteriormente. De modo que, de aceptarse este planteamiento, las únicas conversaciones que quedarían protegidas por el art. 18.1 CE serían las orales directas pero exclusivamente relacionadas con la intimidad de las personas, algo que no es concebible, ya que una conversación directa entre dos individuos puede referirse a temas pertenecientes a la intimidad de esas personas o de terceros, pero también puede tener por objeto el intercambio de impresiones no íntimas, y no por ello se le tiene que privar de protección. No tiene sentido que dependiendo de la forma en que se realiza la conversación deba incluirse en el ámbito de protección de un artículo o de otro, siendo el contenido de la conversación el mismo<sup>45</sup>.

En conclusión, y tras valorar los distintos argumentos que nos proporcionan los autores citados, consideramos que las conversaciones orales directas deben incluirse en el ámbito de protección del art. 18.3 CE, siendo por lo tanto la intervención de las comunicaciones orales directas una medida restrictiva del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

#### **4. Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio**

Conviene ahora abordar otra de las grandes manifestaciones del derecho a la intimidad: el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, protegido por el art. 18.2 de nuestro texto constitucional, el cual establece que “el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

A diferencia de lo que puede suceder con el derecho al secreto de las comunicaciones, en el ámbito del derecho a la inviolabilidad domiciliaria todo queda mucho más claro

---

<sup>44</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 105 y ss. Véase también Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas...*, ob. cit., págs. 703 a 704.

<sup>45</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 108 a 109.

debido a dos aspectos: por un lado, a causa de que el domicilio viene delimitado por el carácter tangible de los muros de nuestra casa, los cuales permiten esclarecer tanto las injerencias constitucionalmente lícitas como las ilícitas; y, por otro lado, a causa de la unanimidad jurisprudencial y doctrinal a la hora de reconocer que este derecho trae consigo una arraigada protección constitucional, considerándose por ello el núcleo sólido del amplio derecho a la intimidad<sup>46</sup>.

Con el fin de confirmar lo expuesto, aludimos a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuya sentencia 22/1984, de 17 de febrero<sup>47</sup>, reconocía que “a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella”. Interpretada en este sentido, prosigue el Alto Tribunal alegando en la misma sentencia que “la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”. De idéntico calado es la STC 110/1984, de 26 de noviembre<sup>48</sup>, en la cual se advierte que la principal finalidad de este derecho es “el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado”.

Así pues, nos encontramos nuevamente ante un derecho autónomo que pretende garantizar el genérico derecho a la intimidad. El domicilio constituye el espacio en el que el individuo puede ejercer su libertad más amplia e íntima, quedando formalmente protegido o inmune frente a toda clase de injerencia externa, tanto si ésta adopta la forma de “entrada o mantenimiento in consentido” como la de “captación o reproducción desde el exterior de las imágenes o de las conversaciones mantenidas en tal ámbito espacial”, dejando de lado, como es obvio, los supuestos en que la intromisión haya sido consentida por el titular o titulares del derecho, se haya decretado una resolución judicial habilitante o se deba a una situación de delito flagrante<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> González, Pedro José. *La inviolabilidad del domicilio*, 1ª ed. Madrid: Tecnos, 1992. Págs. 53 y ss. 97-88-430-9217-99.

<sup>47</sup> Ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 5º.

<sup>48</sup> Ponente Don Ángel Latorre Segura, f.j. 3º.

<sup>49</sup> Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones...*, ob. cit., pág. 75.

Con todo ello, existen dos hipótesis diversas: de una parte, aquellos supuestos que suponen una entrada física en el espacio domiciliario con el fin de colocar subrepticamente los aparatos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, empleando así la nomenclatura del art. 536 del Código Penal<sup>50</sup> (CP); y de otra, aquellos que, en base a las características técnicas de los instrumentos, habilitan la indiscreción en el ámbito domiciliario desde el exterior, es decir, sin necesidad de una previa entrada, superando así las barreras físicas del espacio domiciliario. En este último caso, se trata de una intromisión ilegítima en el derecho a la inviolabilidad del domicilio sin que se haya producido una penetración directa en el mismo, puesto que dados los avances actuales en el campo de la técnica, la entrada física en la vivienda no es requisito indispensable para la efectividad práctica de la intervención de las comunicaciones desarrolladas en su interior. Precisamente es en este caso donde se pueden plantear algunos problemas en relación con la protección domiciliaria<sup>51</sup>.

Podemos afirmar que, sin duda alguna, la entrada física en un espacio domiciliario constituye una intromisión inconstitucional en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, que solo deviene constitucionalmente legítima en los tres casos a los que antes se ha hecho mención. De la misma manera, en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, también se estima intromisión ilegítima en dicho derecho, la invasión del espacio domiciliario sin penetración directa<sup>52</sup>. Esta extensión del objeto de protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria hasta abarcar las denominadas “entradas espirituales” generadas por las captaciones audiovisuales en los espacios domiciliarios desde el exterior del mismo, al mismo tiempo también ha

---

<sup>50</sup> BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 [BOE-A-1995-25444], págs. 33987 a 34058.

<sup>51</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 117 y 118.

<sup>52</sup> Así lo ha declarado, entre otras, la STC 22/1984, de 17 de febrero, cuyo ponente es Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, manifestando en su f.j. 5º que: “La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos”.

encontrado un claro respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>53</sup>. A modo de ejemplo podemos destacar la STS de 6 de mayo de 1993<sup>54</sup>, la cual reconoce expresamente, en su fundamento jurídico primero, que “no estarían autorizados, sin el oportuno plácet judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaleciendo de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aun cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados al recinto domiciliario”.

## **5. Derechos fundamentales afectados por la intervención de las comunicaciones orales directas**

Las diligencias de investigación consistentes en la colocación subrepticia de aparatos o instrumentos de escucha, transmisión, grabación del sonido o de la imagen en espacios domiciliarios mediante entrada física no se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, como analizaremos en el siguiente capítulo. Pese a ello se llevan a cabo en la práctica, y con ellas pueden verse afectados derechos fundamentales como los que acabamos de examinar en los epígrafes precedentes. Así, por un lado, existe una restricción al derecho a la inviolabilidad del domicilio; y, por el otro, pueden vulnerarse el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad.

La relación entre la inexistencia de regulación de este tipo de diligencia de investigación y la posible vulneración de los derechos fundamentales apuntados nos llevan a innumerables problemas prácticos, a los cuales intentaremos dar solución a lo largo del presente trabajo.

En primer lugar, el acceso al domicilio sería lícito si se dispone de la oportuna resolución judicial al respecto. Sin embargo, esto nos lleva a cuestionarnos si la colocación propiamente dicha de estos medios técnicos de escucha y su posterior

---

<sup>53</sup> Entre otras véanse las SSTs, de 6 de abril de 1994 [RJ 1994/2889], ponente Don Enrique Ruiz Vadillo; de 5 de noviembre de 1996 [RJ 1996/8047], ponente Don Francisco Soto Nieto; y de 6 de mayo de 1993 [RJ 1993/3854], ponente Don José Antonio Martín Pallín.

La primera, en su f.j. 4º, nos dice: “No existe obstáculo legal para que las labores de investigación se extiendan también a la captación de imágenes de personas sospechosas, de manera velada o subrepticia, en los momentos en que se supone fundadamente que se está cometiendo un hecho delictivo. Es evidente que todo ello ha de realizarse con evidente respeto a los valores que la propia persona incorpora por el hecho de serlo, de tal manera que, tanto el seguimiento como la filmación, se habrán de limitar a llevarse a cabo en espacios libres y públicos, sin introducirse jamás, salvo la correspondiente autorización judicial motivada y proporcional al hecho que se trata de investigar, en los domicilios o lugares considerados como tales, pues a ellos no puede ni debe llegar la investigación, debiéndose limitar, como queda dicho, a los exteriores”.

<sup>54</sup> [RJ 1993\3854], ponente Don José Antonio Martín Pallín, f.j. 1º.

empleo quedarían, del mismo modo, bajo el amparo del referido mandamiento judicial; o, si por el contrario, en este segundo episodio se afectaría a otros derechos fundamentales, como los ya analizados: el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones, en cuanto se va a condicionar el poder de control que una persona tiene sobre sus informaciones y sobre la elección de sus interlocutores. En segundo lugar, cabría preguntarse si en caso de decantarse por la última opción, la restricción de estos nuevos derechos está dotada de suficiente cobertura legal<sup>55</sup>.

Sin embargo, atendiendo a la *praxis*, la mayoría de situaciones en las que se pretenda la colocación de estos aparatos de escucha o visualización, ya sea por medio de un particular o por medio de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no se llevarán a cabo a través de la habilitación judicial pertinente para efectuar una entrada y registro domiciliario. Más bien se realizarán a escondidas del sujeto pasivo o mediante la obtención de su falso consentimiento, con el objetivo de no desvelarle la instalación de dichos aparatos para la posterior escucha o visualización de lo que acontezca en el interior de su vivienda, ya que, de lo contrario, supondría frustrar el buen fin de la operación llevada a cabo. Un ejemplo de ello, se daría en el caso de que unos agentes, haciéndose pasar por operarios del gas, agua, etc. y engañando así al investigado sobre la identidad de los mismos, logaran acceder al domicilio para instalar el instrumental necesario<sup>56</sup>.

A modo de síntesis, entendemos que el derecho a la inviolabilidad del domicilio solo puede verse afectado cuando se produzca una penetración física o material en el espacio domiciliario, de manera que el mandamiento judicial otorgado al amparo del art. 18.2 CE solo podría surgir efectos en este caso concreto. Así pues, la denominada entrada espiritual así como el acto de colocación e instalación de los aparatos de escucha o grabación de la imagen o del sonido quedarían desprovistos de protección legal como consecuencia del silencio de nuestro legislador al respecto.

Respecto al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, el Tribunal Constitucional considera que no es de carácter absoluto, de modo que puede verse limitado ante exigencias públicas<sup>57</sup>, a pesar de que algún sector doctrinal no admita la posibilidad de su limitación debido a que dicho precepto no prevé expresamente una reserva judicial

---

<sup>55</sup> Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones...*, ob. cit., pág. 79.

<sup>56</sup> Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones...*, ob. cit., pág. 80.

<sup>57</sup> STC 37/1989, de 15 de febrero, ponente Don Francisco Rubio Llorente, f.j. 7º.

para ello, al contrario de lo que sucede con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones<sup>58</sup>.

Por lo tanto, al tratarse de un derecho limitable mediante autorización judicial, la intervención de las comunicaciones orales directas podría vulnerar este derecho fundamental en caso de que la conversación sea de carácter íntimo. Si, por ejemplo, se pretende la instalación de aparatos de escucha en un domicilio privado, dado que en su interior pueden ser interceptadas todo tipo de comunicaciones, el derecho a la intimidad puede verse afectado. Sin embargo, si lo que se pretende es intervenir las conversaciones que tengan lugar entre personas que ya han concertado previamente un encuentro para tratar un determinado tema, como podría ser el caso de una banda terrorista o una banda dedicada a la delincuencia organizada, el derecho que en este caso se infringe es el del secreto de las comunicaciones, aunque indirectamente también se pueda ver vulnerada su intimidad.

De acuerdo con lo expuesto, compartimos la opinión de NOYA FERREIRO, según la cual la medida de intervención de las comunicaciones orales directas limita siempre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pudiendo llegar a afectar también al derecho fundamental a la intimidad cuando la conversación grabada corresponda a la esfera más reservada de la persona, así como al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en caso de que la medida deba ejecutarse en el interior de un recinto domiciliario para lograr su efectividad práctica<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 113.

<sup>59</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 119.

## CAPÍTULO II. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS COMO DILIGENCIA DE INVESTIGACIÓN

### 1. Las diligencias de investigación en el proceso penal

Las diligencias de investigación son aquellos actos llevados a cabo durante la sustanciación del procedimiento preliminar -sumario o diligencias previas, dependiendo de si se trata de un procedimiento ordinario o abreviado- bajo la alta dirección del Juez de Instrucción competente, bien de oficio, bien a instancia del Ministerio Fiscal o de otras partes acusadoras y del imputado<sup>60</sup>. Tienen como finalidad la investigación de los hechos presuntamente delictivos, la identificación de quienes los hayan podido cometer, la constancia de las circunstancias de culpabilidad y responsabilidad de los mismos, así como el auxilio a la víctima y el aseguramiento de los delincuentes y sus responsabilidades, todo ello encaminado a preparar el acto del juicio plenario u oral o, en su caso, la terminación del proceso penal por sobreseimiento -art. 299 LECrim-<sup>61</sup>. La finalidad específica de tales diligencias “no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa”<sup>62</sup>.

Al abordar el estudio de los actos de investigación se plantea el problema de que éstos coinciden prácticamente con los actos de prueba, a pesar de que ambas instituciones cumplen finalidades muy distintas<sup>63</sup>. Así pues, se debe dejar claro que las diligencias de investigación son actos de investigación y no actos de prueba, diferenciándose, como indica GÓMEZ COLOMER<sup>64</sup>, en los siguientes extremos:

- El acto de investigación está destinado a descubrir o averiguar algo desconocido; el acto de prueba, en cambio, tiene como finalidad comprobar la veracidad de una afirmación de hecho realizada por la parte.

---

<sup>60</sup> Véanse los arts. 311, 771.1 y 2 y 776.3 LECrim. Véase también Montero, Juan ; Gómez, Juan Luís ; Montón, Alberto ; Barona, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III...*, ob. cit., pág. 167.

<sup>61</sup> En este sentido se pronuncian Montero, Juan ; Gómez, Juan Luís ; Montón, Alberto ; Barona, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. 22ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014, pág. 166. 978-84-9086-094-6.

<sup>62</sup> STC 137/1988, de 7 de julio, ponente Don Jesús Leguina Villa, f.j. 2º.

<sup>63</sup> Gómez, Juan Luís en *Derecho Jurisdiccional III...*, ob. cit., pág. 166.

<sup>64</sup> En *Derecho Jurisdiccional III...*, ob. cit., pág. 166 y 167.

- El acto de investigación se practica en fase de instrucción ante el Juez de Instrucción, de manera que se realiza en el procedimiento preliminar; mientras que el acto de prueba se practica en el juicio oral ante el Tribunal Sentenciador, salvo los casos de prueba anticipada.
- La diferencia básica consiste en la distinta función que desempeñan cada uno de estos actos en el proceso penal. El acto de investigación cumple su función cuando aporta indicios racionales de criminalidad para adoptar determinadas resoluciones instructoras. Este acto de investigación carece de fuerza o virtualidad probatoria, de modo que no tiene la capacidad de fundamentar la sentencia en base a la culpabilidad o inocencia del acusado, y además puede practicarse sin contradicción si así lo exige la investigación (porque se haya declarado el secreto del art. 302 LECrim)<sup>65</sup>; mientras que el acto de prueba, en virtud del principio *indubio pro reo* y de la presunción de inocencia, tiene que generar plenitud de convencimiento en el juzgador sobre la existencia del hecho punible y la participación del acusado en el mismo, y, al ser reproducido en el plenario con audiencia de todas las partes y bajo las garantías de igualdad, publicidad, contradicción e inmediación, tiene plena eficacia probatoria<sup>66</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal desglosa un elenco de medidas de investigación, las cuales no están tasadas legalmente<sup>67</sup>, de modo que no constituyen un *numerus clausus*. Los únicos límites que se plantean son el respeto a los derechos fundamentales de las

---

<sup>65</sup> Perez-Cruz, Agustín Jesús ; Ferreiro, Julio José ; Piñol, José Ramón ; Seoane, José Luís. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Pamplona: Civitas, 2010. Págs. 245 a 246. 978-84-470-3388-1.

<sup>66</sup> La STC 94/2002, de 22 de abril, ponente Don Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 3º, señala reiterando lo expuesto que “las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador”<sup>66</sup>. Para que estas medidas de investigación tengan virtualidad probatoria habrán de ser llevadas al juicio oral, pues, y tal como asienta la STC 31/1981, de 28 de julio, ponente Doña Gloria Begué Cantón, f.j. 3º: “únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes”.

<sup>67</sup> Bueno, Mauricio. *Las diligencias sumariales. Especial estudio de la videovigilancia*. Universidad Internacional de Andalucía, 2012. Pág. 4. Esto es así en base al derecho fundamental contenido en el art. 24.2 CE consistente en utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ya que, aunque dicho precepto se refiera a la prueba, se deben admitir todos los medios de investigación que el ser humano pueda concebir en su mente, independientemente de si están previstos o no de regulación legal.

personas, su adecuación a los fines del proceso penal, que sean pertinentes y útiles en relación con los hechos criminales que han originado la causa y por último que no perjudiquen a la personalidad de los imputados<sup>68</sup>.

Existen unas determinadas diligencias de investigación, mediante las cuales se puede producir una limitación de derechos fundamentales, como sería la intervención de las comunicaciones orales directas<sup>69</sup>. Para que un órgano jurisdiccional instructor pueda ordenar la práctica de una de estas medidas restrictivas, es necesario que se den una serie de presupuestos, en relación con los cuales se pronuncia la STC 207/1996, de 16 de diciembre<sup>70</sup>. Tal y como manifiesta PÉREZ-CRUZ MARTÍN<sup>71</sup>, sin el escrupuloso respeto y cumplimiento de los mismos, la medida de investigación adoptada carecería de licitud y podría ser declarada nula de pleno derecho, con el consiguiente problema de la posible aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado<sup>72</sup>, que dejaría sin virtualidad todas y cada una de las pruebas que hubiesen sido recopiladas como consecuencia, en nuestro caso, de la grabación ilegítimamente tomada, salvo que, y para el caso que proceda, pueda aplicarse la llamada teoría de la conexión de la antijuridicidad<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Bueno, Mauricio. *Las diligencias sumariales. Especial...*, ob. cit., págs. 2 a 10.

<sup>69</sup> De la oliva, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. 8ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. Pág. 366. 97-88-4800-4714-2.

<sup>70</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre, ponente Don Vicente Gimeno Sendra, f.j. 4º. La sentencia en cuestión nos dice que “una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad, y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal, viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida posible más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”. Véase también Díaz, José Antonio. La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1992, págs. 133 y ss.

<sup>71</sup> Pérez-Cruz, Agustín- Jesús. Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad privada y el derecho fundamental a la intimidad?. *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 1997, nº 1, págs. 401 a 412.

<sup>72</sup> También conocida como “el fruto del árbol podrido”, teoría que fue formulada por primera vez por la Corte Suprema norteamericana en el caso “Silversthorne Lumber Co vs. US (1920)”, en el que se estableció que la llamada “regla de exclusión”, según la cual se prohíbe la utilización de toda prueba que hubiese sido obtenida de forma ilícita por un agente de la autoridad federal, también era aplicable a cualquier otra prueba incriminatoria que se derivase de la obtenida ilícitamente. Al respecto ver Muñoz, Francisco José. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. *Revista Penal*, 2004, nº 14, págs. 98 a 102.

<sup>73</sup> Esta teoría fue introducida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/1998, ponente Don Tomás S. Vives Antón, f.j. 4º, considerando que una prueba derivada de una prueba prohibida puede ser admitida

## **2. Régimen jurídico de la diligencia de intervención de las comunicaciones orales directas**

### **2.1. Ausencia de desarrollo legislativo**

Es objeto de este epígrafe examinar si existe una base legal que nos permita adoptar válidamente la medida de intervención judicial de las comunicaciones orales mantenidas de forma directa; y con ella la posibilidad de legitimar la colocación de aparatos de escucha en un lugar cerrado, que nos posibilite la investigación de un hecho delictivo en el curso de un proceso penal. Para resolver esta cuestión se deberá determinar, primeramente, cuál es la regulación existente al respecto y en concreto, si el artículo 579.3 LECrim<sup>74</sup>, que se refiere de forma expresa a la intervención judicial de las comunicaciones telefónicas en la fase de investigación del proceso penal, podría también dar cobertura legal a la intervención de las comunicaciones orales directas. Al mismo tiempo debemos analizar hasta dónde llega la aplicación directa del Texto constitucional para ver si únicamente en base al art. 18.3 CE podemos entender cumplida la exigencia de norma jurídica que posibilite la intervención.

#### **2.1.1. Problemática en relación con la aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales**

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos normas que aluden a la posible utilización de aparatos de escucha, transmisión, grabación, entre otras<sup>75</sup>, pero solo como instrumentos para cometer un hecho delictivo o una intromisión ilegítima, no como medios que puedan ser utilizados por las autoridades judiciales en la fase de investigación del proceso penal. Por su parte, la Ley procesal penal no contiene la intervención de comunicaciones orales directas, ni el procedimiento a seguir ni las garantías a respetar por la autoridad judicial en la adopción de una intervención de estas características.

Las limitaciones que se imponen en nuestro país al derecho al secreto de las comunicaciones derivan fundamentalmente, aunque no únicamente, de exigencias de la

---

cuando se obtenga de un modo independiente o se hubiera podido obtener de todos modos, desconectada de la antijuridicidad originaria de la prueba prohibida.

<sup>74</sup> “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”.

<sup>75</sup> Véanse los arts. 7.1.2 de la LO 1/1982; 197 y 536 del Código Penal de 1995.

justicia penal<sup>76</sup>. Sin embargo, la utilidad que supone para la investigación en un proceso penal que la autoridad judicial pueda contar entre los medios de investigación con la posibilidad de acordar la intervención de comunicaciones orales directas, junto con la legitimación constitucional de este tipo de intervención, no constituyen justificación suficiente para defender en el marco de la legislación vigente la posibilidad de su adopción durante el desarrollo del mismo.

La situación actual respecto a la intervención de las comunicaciones orales directas resulta equivalente a la que dividió a la doctrina respecto a la medida de intervenciones telefónicas antes de que la LO 4/1988, de 25 de mayo de reforma de la LECrim, introdujera su regulación en el art. 579 LECrim<sup>77</sup>. Por lo tanto, nos trasladamos al tiempo en que la intervención de las comunicaciones telefónicas se hallaba sin regulación legal.

Por aquél entonces los defensores de la licitud de la medida de intervención telefónica interpretaban el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>78</sup> en el sentido de que la restricción de los derechos fundamentales debe estar prevista en la legislación del Estado que pretende aplicarla, sin que resulte necesaria que dicha regulación deba realizarse por ley ordinaria. En consecuencia, bastaba con el contenido del art. 18.3 CE para entender que se cumplía con la condición de la necesaria existencia de una norma jurídica donde se recoja la posibilidad de adoptar la intervención telefónica<sup>79</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Tribunal Supremo, se adhirió a esta corriente doctrinal. Respecto al Tribunal Constitucional, adoptó tal planteamiento en su STC 22/1984, de 17 de febrero<sup>80</sup>, mientras que el Tribunal

---

<sup>76</sup> En este sentido se pronuncia Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 120.

<sup>77</sup> BOE núm. 126, de 26 de mayo de 1988 [BOE-A-1988-12909], págs. 16159 a 16160.

<sup>78</sup> Art. 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho 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 las libertades de los demás”.

<sup>79</sup> Moreno, Ismael. *Las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en Estudios de Derecho penal y criminología. t. II. Madrid: Facultad de Derecho de la UNED, 1989. Pág. 93.

<sup>80</sup> STC 22/1984 de 17 de febrero, ponente Don Luís Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 3º. Dicha sentencia contiene el siguiente pronunciamiento: “de conformidad con una larga y ya tradicional doctrina de este Tribunal, la Constitución no es solo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y

Supremo contiene como exponentes de su doctrina, las SSTS de 5 de febrero de 1988 y de 21 de febrero de 1991<sup>81</sup>.

La polémica se centró en su momento, y resulta plenamente aplicable hoy en día a la intervención de las comunicaciones orales directas, en torno a si la Constitución ha de considerarse como norma de aplicación directa o, simplemente, como reguladora en el plano formal de los derechos en ella contenidos<sup>82</sup>.

La Constitución no se limita a proclamar el derecho, sino que en muchos de sus preceptos establece limitaciones a su ejercicio. Por lo que aquí interesa, en el art. 18.3 CE al mismo tiempo que se reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones se prevé también la posibilidad de que ese secreto sea levantado por la autoridad judicial. Es ahí donde ha de centrarse la discusión. En caso de que el propio precepto constitucional imponga una limitación en el disfrute del derecho ¿puede ésta ser directamente alegada ante los órganos jurisdiccionales o es necesaria una ley que desarrolle tal previsión?<sup>83</sup>.

La consideración de la Constitución de 1978 como una norma de aplicación directa tanto en relación con los ciudadanos como con los poderes públicos se deriva de los arts. 9.1, 53 y de la disposición derogatoria tercera de la Constitución, y es comúnmente admitida por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Constitucional<sup>84</sup>.

Sin embargo, en el campo de los derechos fundamentales esta cuestión no es del todo pacífica, de manera que podemos distinguir dos sectores doctrinales. Un sector que

---

el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos. Ello es, además, indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los artículos 14-30, por ser objeto del proceso de amparo. Por consiguiente, la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, de la misma manera que ocurre en el apartado 3.º del artículo 18, donde se inviste a los jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones”.

<sup>81</sup> En la STS de 5 de febrero de 1988 [RJ 1988\857], ponente Don Enrique Ruiz Vadillo, f.j. 1º, el Alto Tribunal establece lo siguiente: “las comunicaciones telefónicas no están efectivamente incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por razón de la antigüedad de ésta [...]. Es verdad también que no hay normas específicas sobre los criterios a seguir y requisitos exigibles, pero ello afecta a su práctica como se anticipó, aunque sería altamente positiva una regulación sobre su forma de realizarse, cuya remisión a una Ley futura no implica que si estas pruebas ofrecen las debidas garantías de autenticidad no puedan utilizarse”. Véase también la STS de 21 de febrero de 1991 [RJ 1991\1335], ponente Don José Augusto de Vega Ruíz, f.j. 4º, 5º y 6º.

<sup>82</sup> De Vega, José Augusto. La escucha telefónica en España. *Revista Jurídica La Ley*, 1984, nº 1, pág. 1139.

<sup>83</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 125.

<sup>84</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 122 a 123.

mantiene la directa aplicación de todos los derechos fundamentales, mientras que otro diferencia aquellos derechos fundamentales de aplicación directa de aquellos otros que necesitan desarrollo legislativo<sup>85</sup>.

ORDOÑO ARTÉS considera que, tal y como disponen los artículos 53.1 y 81.1 CE<sup>86</sup>, todo acto limitador de un derecho fundamental requiere de la adecuada cobertura legal<sup>87</sup>. Sin embargo, MARTÍNEZ RUÍZ cuestiona esta exigencia de regulación, ya que para él constituye un problema complicado el decidir si las restricciones constitucionalmente lícitas del derecho a la intimidad en sentido amplio requieren siempre y en todo caso de una previa habilitación legal o si, por el contrario, la autoridad judicial competente, ante la concurrencia de determinados presupuestos materiales, podría por sí sola dictar una resolución judicial limitadora del derecho en cuestión. Dicho en otras palabras: si el artículo 18.3 CE puede operar con suficiente eficacia normativa para la restricción del derecho fundamental por parte de la autoridad judicial o si, por el contrario, se requiere previamente una ley habilitante de desarrollo del derecho fundamental, en la que se determinen los presupuestos y garantías a observar en la restricción del derecho fundamental que pretenda acometerse<sup>88</sup>.

ASENCIO MELLADO opina que el art. 18.3 CE contiene una atribución competencial que permite al legislador fijar los casos en los que sería posible la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, de manera que sin esta interposición legislativa no puede levantarse el secreto. La restricción del derecho estaría prevista constitucionalmente a través de la expresión “salvo resolución judicial”, sin embargo debe ser el legislador quien concrete los límites con el fin de asegurar la compatibilidad

---

<sup>85</sup> Linde, Enrique. Protección de los Derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución española de 1978. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1981, nº 5, págs. 472 y 490. Para este autor, lo dispuesto por el art. 53.1 CE respecto al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales nunca se debe interpretar en el sentido de que para la aplicación de todos los derechos recogidos en la Constitución sea preciso su desarrollo a través de una Ley, sino que, al contrario, existen derechos respecto de los cuales no se les exige ni expresa ni implícitamente esta regulación legal.

<sup>86</sup> Art. 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

Art. 81.1 CE: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”.

<sup>87</sup> Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 706.

<sup>88</sup> Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones...*, ob. cit. pág. 148.

de este derecho fundamental con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>89</sup>.

En el mismo sentido se decanta MONTÓN REDONDO, para quien la previsión constitucional en torno a la intervención judicial no es en sí misma suficiente para la adopción de la medida, “siendo necesaria para la injerencia en el derecho fundamental la concurrencia de unos principios y requisitos fijados expresamente en una ley de desarrollo, que junto con la absoluta necesidad de la medida y su proporcionalidad hagan posible su utilización procesal”<sup>90</sup>.

A su vez, JIMÉNEZ CAMPO considera que si la referencia a la resolución judicial ha de significar una garantía del derecho, ésta lleva implícita la exigencia de la mediación legislativa, pues los jueces solo son garantes de la libertad cuando deciden *secundum legem*, es decir, motivando su fallo en la decisión previa del legislador. El mandato judicial al que remite el art. 18.3 CE no ha de entenderse, pues, como un límite constitucional directo del derecho, de tal modo que la medida consistente en el levantamiento del secreto requerirá de una doble autorización o habilitación: la previsión constitucional del límite que puede articular el legislador y la efectiva configuración del mismo en la norma legal, aplicable ya por el juez<sup>91</sup>.

En atención a lo que acabamos de exponer, podemos llegar a la conclusión de que cuando la norma fundamental prevé que un determinado ámbito de libertad puede ser constreñido o negado mediante resolución judicial, lo que está haciendo es crear una regla competencial que exige una regulación legislativa para fijar los supuestos y los procedimientos que permitan el efectivo ejercicio de la injerencia constitucional. La solución en el Derecho español se basa, pues, en someter a reserva de ley los supuestos en los que pueda procederse por la autoridad judicial al levantamiento del secreto de las comunicaciones. El hecho de que tal injerencia esté prevista por ley es algo que viene impuesto en el art. 8.2 CEDH, suscrito por el Estado español y cuya consideración es

---

<sup>89</sup> Asencio, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. 1ª ed. Madrid: Trivium, 1989. Pág. 105. 97-88-478-5596-88.

<sup>90</sup> Montón, Alberto. Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas. *Revista Jurídica La Ley*, 1995, nº 3915, pág. 1.

<sup>91</sup> Jiménez Campo, Javier. La garantía constitucional..., ob. cit., págs. 58-59.

necesaria -art. 10.2 CE<sup>92</sup>- para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales.

### **2.1.2. Argumentos en contra de la ausencia de regulación**

Aun cuando la ausencia de una legislación específica imposibilite desde nuestro punto de vista la adopción por los órganos jurisdiccionales penales de la diligencia de intervención de las comunicaciones orales directas, analizaremos a continuación los argumentos de quienes, partiendo de la aplicación directa de la Constitución respecto a la restricción de los derechos fundamentales, consideran que esta medida puede acordarse en un proceso penal realizando una aplicación extensiva de las normas procedimentales previstas para la intervención de otro tipo de comunicaciones.

Respecto a la necesidad de regulación legislativa para la válida intervención de las comunicaciones orales directas, RAFOLS LLACH considera que el apartado tercero del art. 579 LECrim (“las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”) puede ser interpretado de dos formas diferentes pero no excluyentes. De un lado, puede entenderse que se está haciendo referencia a aquellas comunicaciones que el imputado realiza a través de terceras personas de las que se vale para llevar a cabo sus actividades delictivas (interpretación subjetiva); y de otro lado, pueden incluirse en esta expresión, mediante una interpretación extensiva, otras comunicaciones distintas a la telefónica, lo cual permitiría dar amparo legislativo a las conversaciones verbales directas (interpretación objetiva)<sup>93</sup>. Se defiende así que lo que dicho artículo protege no es otra cosa que la comunicación en sí misma considerada, además “lo sustantivo en la protección del art. 18.3 CE es el hecho de conversar y no el medio utilizado”<sup>94</sup>.

La especial importancia de la interpretación del inciso final del art. 579.3 LECrim recae en su aspecto objetivo, ya que en caso de que el precepto se interprete en este segundo sentido se estaría aludiendo a la posibilidad de que, en esta mención general, el

---

<sup>92</sup> “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>93</sup> Ràfols, Juan. Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado, en La prueba en el proceso penal. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, pág. 568. Véase también Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. 1ª ed. Bosch Editor, 2014. Pág. 101. 978-84-942709-4-9.

<sup>94</sup> De Urbano, Eduardo ; Torres, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal: Estudio Jurisprudencial*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012. Pág. 246. 84-841-0494-X.

legislador haya dejado la puerta abierta para que otro tipo de intervenciones no mencionadas expresamente en el precepto, como la intervención de las comunicaciones orales directas, queden también amparadas bajo una cobertura legal.

La argumentación doctrinal tiene que ver con la posibilidad de acordar intervenciones telefónicas con anterioridad a la LO 4/1988 de 25 de mayo. En defensa de la aplicación analógica de la LECrim respecto a estas intervenciones se pronunció en su momento BARCELONA LLOP, para quien “la Ley rituaría citada no podía contemplar, en 1882, el específico supuesto de las comunicaciones telefónicas, y como el legislador no ha procedido a regular el régimen normal o común de las interceptaciones, es preciso recurrir a la analogía que, en virtud de las importantes garantías para el particular que de ella se derivan, es perfectamente consentida por el artículo 4.1 del Código Civil<sup>95</sup> (CE)”<sup>96</sup>. En la misma línea, MORENO CHAMARRO tampoco veía obstáculo alguno en la aplicación analógica de la LECrim, dada la existencia de una identidad de razón entre las comunicaciones escritas previstas en la Ley y las intervenciones telefónicas<sup>97</sup>.

El propio Tribunal Supremo también ha mantenido la posibilidad de adoptar medidas restrictivas de comunicaciones carentes de regulación legal a través de la aplicación analógica de las disposiciones que se ocupan de la intervención de las comunicaciones postales y telegráficas, considerando que “es obligado llevar a cabo una especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida, utilizando la vía analógica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a la detención de la correspondencia privada y otros supuestos semejantes, así, por ejemplo, el art. 586 de la misma”<sup>98</sup>.

Por lo tanto, el único obstáculo que se podría encontrar hasta 1988 para la adopción de una intervención de las comunicaciones telefónicas basado en la ausencia de una regulación específica, era subsanado por esta doctrina y jurisprudencia mediante la aplicación analógica de las normas procedimentales sobre la intervención de las comunicaciones escritas.

---

<sup>95</sup> BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889 [BOE-A-1889-4763], págs. 249 a 259.

<sup>96</sup> Barcelona, Javier. Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad. *Revista de Administración Pública*, 1987, nº 112, pág. 97.

<sup>97</sup> Moreno, Ismael. *Las escuchas telefónicas...*, ob. cit., pág. 92. Véase también Ràfols, Juan. Autorización judicial para la instalación..., ob. cit., págs. 561 y ss.

<sup>98</sup> ATS de 18 de junio de 1992 [RJ 1992\6102], ponente Don Enrique Ruíz Vadillo, f.j. 2º.

Por otro lado, el Alto Tribunal intentó buscar una supuesta base legal ordinaria en el art. 192 bis del Código Penal de 1973<sup>99</sup>, precepto que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, también podría servir como referencia para dotar de legalidad a la medida de intervención de las comunicaciones orales directas<sup>100</sup>. El Código Penal de 1973 en su art. 192 bis no solo mencionaba las intervenciones telefónicas, sino que aludía también a la utilización de aparatos de escucha y transmisión del sonido, de manera que la previsión legislativa ordinaria se cumplía también para la intervención de comunicaciones orales directas, pero dicho precepto ya no puede servirnos de base al estar derogado.

Finalmente, este apoyo legal ordinario podría encontrarse en los apartados primero y segundo del art. 7 LO 1/1982<sup>101</sup>. En ellos se hace referencia expresa a los “aparatos de escucha...o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir” por lo que se podrían incluir sin problema los micrófonos para intervenir conversaciones orales directas que estén teniendo lugar entre dos o más personas. Además, el art. 8 de esta misma Ley establece que las intromisiones acordadas por autoridad competente no se reputarán ilegítimas<sup>102</sup>, de modo que podemos entender que la colocación de aparatos de escucha realizada bajo autorización judicial no puede considerarse como una injerencia ilícita en el ámbito de la vida privada. De esta manera, la LO 1/1982 permitiría la legitimidad ordinaria de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas.

---

<sup>99</sup> BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973 [BOE-A-1973-1715], págs. 24004 a 24018.

<sup>100</sup> Dicho art. 192 bis establecía que “la autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas, o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido incurrirá en la pena de arresto mayor e inhabilitación absoluta”. A este respecto señala el Tribunal Supremo en la sentencia 2036/1993, de 29 de septiembre [RJ 1993\6903], ponente Don Eduardo Móner Muñoz, f.j. 1º, refiriéndose en particular a las intervenciones telefónicas, pero cuya argumentación es extrapolable en principio a otros medios de investigación como las captaciones o grabaciones audiovisuales, que: las comunicaciones telefónicas no estaban incorporadas a la Ley de Enjuiciamiento Criminal por razón de antigüedad de ésta, pero han sido objeto de regulación en los arts. 192 bis y 497 bis del Código Penal, y por tanto, desde la Ley Orgánica 7/1984, de 15 octubre, que introdujo en el texto punitivo el primero de los preceptos legales, constituyen la base legal para su realización por los órganos jurisdiccionales”.

<sup>101</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. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982 [BOE-A-1982-11196], págs. 12546 a 12548.

<sup>102</sup> Art. 8 LO 1/1982: “No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

Actualmente, el TS ha concluido que no solamente cabe intervenir conversaciones entabladas mediante medios técnicos, sino también colocar aparatos de escucha y grabación de conversaciones directas. Así lo admite la STS 513/2010, de 2 de junio<sup>103</sup>, la cual, en relación con la grabación de las conversaciones entre detenidos en calabozos policiales, considera que si se permite la intervención al Director en la normativa penitenciaria con más motivo habrá de permitirse tal diligencia al Juez de Instrucción. En el mismo sentido, con ocasión de una intervención de las comunicaciones de dos internos en un centro penitenciario se pronuncia la STS 173/1998, de 10 de febrero<sup>104</sup>, que califica de inconcebible que una conversación telefónica pueda ser legítimamente intervenida por el Juez y que no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas en un recinto cerrado.

La situación actual respecto a la ausencia de regulación de la intervención de comunicaciones orales directas coincide plenamente con la de las intervenciones telefónicas antes de 1988, lo que permitiría pensar en un posible traslado de los anteriores argumentos en base a la identidad de razón que existe entre este tipo de intervenciones. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, ninguna de las opciones anteriormente expuestas puede considerarse como una previsión legislativa suficiente que permita la adopción de la medida objeto de estudio, dado que se trata de normas que se ocuparían de manera indirecta de la adopción legal de la intervención, sin que ninguna determine de forma clara y precisa las garantías a cumplir y el procedimiento a seguir, proporcionando al ciudadano una adecuada protección contra la arbitrariedad.

### **2.1.3. Argumentos a favor de la ausencia de regulación**

Las explicaciones anteriores que defienden la existencia de una previsión legislativa son difíciles de sostener debido a la gran importancia que supone el respeto al contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones y al valor preferente que le otorga el ordenamiento jurídico. Así pues, las facultades de intromisión en la vida privada de los ciudadanos, dado que limitan un derecho fundamental, tendrán que interpretarse de manera restrictiva sin que se amplíen a supuestos no cubiertos por la norma expresamente. Ésta es la postura que garantiza la defensa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, apoyándose en el hecho de que no existe una regulación íntegra que dé una respuesta completa a la cuestión, de en qué casos y mediante qué

---

<sup>103</sup> [RJ 2010\3489], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 4º.

<sup>104</sup> [RJ 1998\948], ponente Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, f.j. 3º.

procedimientos pueda disponerse de una medida limitativa del derecho fundamental previsto en el art. 18.3 CE<sup>105</sup>.

Asimismo, no solo es necesario que la ley determine los delitos que admitirían esta injerencia, también se debería especificar el modo de ejecución de la medida, qué personas tendrían la condición de sujetos pasivos, cómo se ejercería el control judicial, el tiempo durante el cual puede practicarse y, en general, todos los demás aspectos de realización de la medida. Sin la regulación de éstos y de otros extremos, la interceptación de las comunicaciones orales directas se considera imprevisible y oscura para quienes puedan sufrirla sin saber por qué, cómo o hasta cuándo<sup>106</sup>. Por ello, la aplicación analógica de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativos a la intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas nos parece insostenible<sup>107</sup>, y más teniendo en cuenta la insuficiente regulación que la Ley procesal penal contiene en relación con esta materia<sup>108</sup>. Si existe unanimidad en la doctrina a la hora de considerar insuficiente la previsión legislativa sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas<sup>109</sup>, como así mismo lo expresa la jurisprudencia<sup>110</sup>, no

---

<sup>105</sup> Jiménez Campo, Javier. La garantía constitucional..., ob. cit., pág. 63.

<sup>106</sup> El propio TC defiende, en su sentencia 37/1989, de 15 de febrero, ponente Don Francisco Rubio Llorente, f.j. 7º, que la limitación al disfrute de un derecho fundamental ha de tener su base en una resolución judicial motivada y con fundamento en una inexcusable previsión legislativa.

<sup>107</sup> Rechazamos el criterio de la analogía con el art. 579 LECrim también debido a que en la adopción de medidas restrictivas de derechos solo es admisible la analogía *in bonam partem*, siendo así que la intervención de comunicaciones sin empleo de medios mecánicos supone una mayor gravedad en la intromisión de la intimidad de las personas. Así lo expresa CEREZO MIR en *Curso de derecho penal español: Parte general*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. Págs. 206 y 207. 84-309-2354-3.

<sup>108</sup> Respecto a la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico sobre la medida de intervención de las comunicaciones telefónicas, el Tribunal Supremo estima, en el auto de 18 de junio de 1992 [RJ 1992\6102], ponente Enrique Ruiz Vadillo, f.j. 2º, que “sin llegar a mantener la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que luego se hará una más extensa referencia, respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente...”.

<sup>109</sup> Asencio, José María. *Prueba prohibida...*, ob. cit., pág. 105. Véase también Gimeno, Vicente. Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y del TS. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, 1994, nº 12, pág. 7 y Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., págs. 355 y 356.

<sup>110</sup> Así el TS manifestaba en el importante auto de 18 de junio de 1992 [RJ 1992\6102], ponente Don Enrique Ruíz Vadillo, f.j. 2º, que, “sin llegar a manifestar la carencia de cobertura, en sede de legalidad ordinaria, atendida la insuficiencia del art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...respecto de las autorizaciones judiciales para la interceptación de las conversaciones telefónicas, hay que manifestar que dada la citada y grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente...” y al mismo tiempo reconoce, en su f.j. 4º, que “la exigencia de reglas claras y detalladas en esta materia parece, por consiguiente, indispensable. Si estas no existen, no puede ofrecer duda que el sistema que, en cada caso haya de aplicarse habrá de ser interpretado de la manera más acorde con la defensa del derecho fundamental”.

Sobre la falta de cobertura legal sigue pronunciándose la reciente jurisprudencia. Véase en este sentido las SSTS 431/2013 de 15 de mayo [RJ 2013\7721], ponente Don Luciano Varela Castro, f.j. 1º; 794/2012 de

resulta lógica la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas, para las cuales ni siquiera existe tal desarrollo legislativo<sup>111</sup>.

Es por ello que, y compartiendo la misma opinión que ORDOÑO ARTÉS, la discutida interpretación doctrinal del art. 579.3 *in fine* LECrim nos parece una razón más que suficiente para no poder considerarla como una previsión legal bastante a efectos de determinar la válida intervención judicial de las comunicaciones directas<sup>112</sup>.

Es cierto que la plenitud normativa del ordenamiento jurídico viene regulada en el art. 4 CC en relación con el art. 7 de la misma ley, sin embargo, ello no puede generar la conclusión de que la aplicación analógica o la interpretación extensiva pueda aplicarse a toda clase de supuestos. En materia de derechos fundamentales la interpretación de las leyes debe realizarse de la manera que más favorezca a la defensa del derecho y, por lo tanto, las limitaciones recogidas en las leyes tienen que entenderse restrictivamente, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de arbitrariedad con la consiguiente puesta en peligro del sistema de valores de nuestro Estado de Derecho<sup>113</sup>.

Por otro lado, en el Código Penal de 1995, la regulación de los hechos delictivos cometidos por funcionarios públicos contra los derechos individuales entre los que se encuentran el derecho al secreto de las comunicaciones, ha cambiado sustancialmente<sup>114</sup>. En el texto penal anterior al hablar de “la autoridad, funcionarios públicos o agentes de éstos que sin la debida autorización judicial...”, nos daba a entender que la ausencia de dicha resolución era el único criterio para considerar una intervención como ilegal, de manera que en caso de disponer de resolución judicial autorizante, la intervención podría ser lícita. Por el contrario, en la Constitución de 1995 no basta con la ausencia de resolución judicial autorizante, sino que también se hace referencia a la “violación de las garantías constitucionales o legales”, lo cual parece exigir una regulación legal ordinaria donde se especifiquen esas garantías.

En definitiva, debemos concluir que respecto a la adopción por parte de la autoridad judicial de una medida de intervención de las comunicaciones orales directas, pese a que es evidente que la Constitución permite a los órganos jurisdiccionales acordar medidas

---

11 de octubre [RJ 2012\9858], ponente Don Alberto Jorge Barreiro, f.j. 2º; y 869/2012 [RJ 2013\1447 ], ponente Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 4º.

<sup>111</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 129 a 130.

<sup>112</sup> Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 709.

<sup>113</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 137.

<sup>114</sup> Véase el art. 536 CP.

restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones, no contiene una concreta regulación de los casos y la forma en que pueden producirse tales injerencias y limitaciones. Por esta razón, y ante la ausencia de una regulación procesal penal específica al respecto, consideramos ilegítima dicha adopción.

De modo que, por ahora, la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas no puede considerarse válida ni legítima<sup>115</sup>, debiendo suspenderse, entre tanto, la autorización que la Constitución otorga a los órganos jurisdiccionales hasta que el texto legislativo que desarrolle esta autorización se promulgue finalmente. Es por ello que, tal y como se encuentra la situación legal examinada, resulta urgente la elaboración de una norma que modifique la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, entre otros aspectos, regule los supuestos en los que la intervención de comunicaciones orales directas puede ser válidamente autorizada, las garantías a observar, el procedimiento de ejecución y los recursos previstos contra ella, partiendo de los presupuestos constitucionalmente establecidos en el art. 18.3 CE.

## **2.2. La intervención de las comunicaciones orales directas de las personas privadas de libertad**

El derecho al secreto de las comunicaciones de las personas privadas de libertad requiere de consideración aparte. La celda de un establecimiento penitenciario es seguramente el espacio arquitectónico, en el que puede ubicarse una persona, más opuesto a la idea de privacidad, tal y como se reconoce tanto doctrinal<sup>116</sup> como jurisprudencialmente<sup>117</sup>. Siendo, en consecuencia, un espacio o edificio público, en

---

<sup>115</sup> Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 709.

<sup>116</sup> En este sentido, véase Guerrero, María Carmen. *Registro de vehículos y otros espacios no domiciliarios*. 1ª ed. Granada: Grupo Editorial Universitario, 2001, pág. 132. 97-88-484-9110-4-3. Pronunciándose esta autora en torno a la garantía de la inviolabilidad domiciliaria, pone de manifiesto como las celdas quedan exentas de su ámbito de protección, previendo el art. 23 LOGP, “la realización de registros regulares o rutinarios por orden de la autoridad competentes de cada establecimiento”. Igualmente, Duque, Juan Carlos. *El Derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario*, en *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*. 1ª ed. Madrid: CGPJ, 1996. Págs. 101 y ss.

<sup>117</sup> Véase, como ejemplo, la STS 515/1998, de 6 de abril [RJ 1998\3151], ponente Don Luís Román Puerta Luis. Ésta, con ocasión de un registro indiciario en la celda de un recluso motivado por una denuncia anónima de que se dedicaba al tráfico de drogas, alegó su ilegalidad por violación del derecho a la intimidad y a un proceso con todas las garantías, entendiendo que tal diligencia debió contar con la autorización judicial y la presencia del Secretario judicial, motivo desestimado por el Alto Tribunal argumentando, en lo que ahora interesa, en su f.j. 2º que “el respeto del domicilio es un complemento del derecho de libertad de la persona lo que determina que la garantía de esta última ha de determinar la protección también del lugar donde se desarrolla la parte más íntima de la vida. Por ello, aunque el art. 25.2 CE establece que el condenado a la pena de prisión estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales que no se le hubieran expresamente limitado, como la protección a la

principio, no debería haber impedimento constitucional alguno que obstaculizara la adopción, por parte de las autoridades del Centro penitenciario, de diligencias de investigación consistentes en captaciones audiovisuales ocultas de lo que aconteciese dentro de una celda, más aún cuando las mismas se basen en previos indicios de la comisión de un hecho delictivo. Ahora bien, bajo nuestro punto de vista, la cuestión, como acabamos de exponer, no resulta ni mucho menos tan simple.

En primer lugar, debemos acudir a la regulación que nos ofrece la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)<sup>118</sup>. En concreto, su art. 51 establece las líneas generales por las que han de regirse las comunicaciones y visitas de los internos, sin especificar su condición de presos preventivos o condenados, precepto ulteriormente desarrollado en los artículos 41 y siguientes del Reglamento Penitenciario (RP)<sup>119</sup>. El precepto analizado constituye el presupuesto habilitante inexcusable para legitimar la intervención. Así pues, como ha establecido el TC, se requiere la adecuada cobertura legal para limitar un derecho fundamental, tales como el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho de defensa, que pueden resultar implicados al tratarse de las comunicaciones en un Centro Penitenciario<sup>120</sup>.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 25.2 CE<sup>121</sup>, la remisión a lo dispuesto en la “ley penitenciaria”, se debe entender en el sentido de que para los internos, los derechos fundamentales dejan de estar protegidos por el respeto a su contenido esencial (art. 53.1 CE). Así, el contenido del derecho no será el constitucionalmente declarado sino el que derive de la ley penitenciaria, en el caso de que mediante ésta se hayan dispuesto limitaciones específicas del mismo. Naturalmente, la ley penitenciaria no podrá realizar cualquier tipo de transformación en el contenido de los derechos, sino solo aquellas que se orienten, de modo razonable, al aseguramiento de las condiciones y exigencias

---

inviolabilidad del domicilio es una ampliación del derecho a la libertad del individuo, que es precisamente del que se priva al condenado a penas privativas de libertad, el claro que también alcanza al correlativo de elegir un espacio de privacidad del que se pueda excluir a otras personas, imposible de ejercitar y mantener, con escasos momentos de excepción, en instituciones penitenciarias”. Por tanto, “las celdas de los internos situadas en instituciones penitenciarias son de aquellos edificios o lugares cerrados que no constituyen domicilio y sí edificios públicos, para entrar en los cuales no es preciso resolución judicial mediante auto motivado”.

<sup>118</sup> BOE núm. 239, de 5 de octubre, de 1979 [BOE-A-1979-23708], págs. 23180 a 23186.

<sup>119</sup> BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1996 [BOE-A-1996-3307], págs. 5380 a 5435.

<sup>120</sup> Véase, en este sentido, la STC 183/1994, de 20 de junio, ponente Don Eugenio Díaz Eimil, f.j. 5º.

<sup>121</sup> “El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria”.

específicas que son propias del régimen penitenciario, ya que de lo contrario se considerarían arbitrarias (art. 9.3 CE)<sup>122</sup>.

El citado artículo 51.1º LOGP articula el régimen general de las comunicaciones orales y escritas del recluso y prevé dos tipos distintos de comunicaciones, sometidas también a regímenes diferentes a la hora de proceder a su intervención. Así, por un lado tenemos las comunicaciones entre el interno y sus familiares o amigos previstas en el apartado primero, denominadas “generales”; y las que pueden tener lugar entre el interno y su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como el Procurador que le represente, que son las “específicas” y recogidas en el número dos<sup>123</sup>. Las comunicaciones directas “generales”, tal y como expresamente dispone el apartado 5º del mismo artículo, son susceptibles de ser suspendidas o intervenidas a instancia del Director del establecimiento, de forma motivada, con la obligación de dar cuenta *a posteriori* a la autoridad judicial competente.

Cabe destacar que, mientras que la “suspensión”, a tenor del art. 43 RP, se materializa en la prohibición o no autorización para comunicarse oralmente con determinadas personas y, en su caso, la retención de las comunicaciones escritas enviadas al preso o remitidas por él. La “intervención de las comunicaciones orales o escritas”, se concreta en el acceso al contenido mismo de la comunicación, tanto a través de su grabación como de su escucha <sup>124</sup>.

De esta pluralidad de posibilidades que nos ofrece la LOGP, centraremos nuestra atención en un primer momento en el régimen general de intervención de las comunicaciones orales del recluso, así como en el específico de las comunicaciones del recluso con su Abogado defensor, analizándolos de forma separada. Para examinar luego que sucede con las grabaciones realizadas en los calabozos de los detenidos en dependencias policiales a tenor de una reciente sentencia del TC.

---

<sup>122</sup> Jiménez Campo, Javier. La garantía constitucional..., ob. cit. págs. 54 y 55.

<sup>123</sup> Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 710.

<sup>124</sup> Racionero, Francisco. *Derecho penitenciario y privación de libertad: una perspectiva jurídica*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 1999. Pág. 187. 84-8155-494-4. Igualmente, Martínez, Margarita. *La Suspensión e intervención de las comunicaciones del preso: un análisis constitucional del artículo 51 de la ley orgánica general penitenciaria*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 2000. Pág. 24. 84-309-3534-7.

### 2.2.1. Régimen general de las comunicaciones orales directas del interno

Como hemos indicado anteriormente, el apartado primero del art. 51 LOGP contempla el derecho de los reclusos a comunicarse de forma oral y escrita con familiares y amigos, comunicaciones cuya intervención queda, al menos en su fase inicial, excluida de la garantía jurisdiccional<sup>125</sup>, ya que pueden ser suspendidas e intervenidas por propia iniciativa del director del establecimiento penitenciario.

La incógnita a resolver consistiría en determinar “cuáles son las concretas finalidades que persigue la legislación penitenciaria al regular esta facultad, así como examinar el procedimiento al que queda sometida”<sup>126</sup>. Y, con ello, establecer si dicho permiso se puede ampliar también a las situaciones en las que el director de un establecimiento penitenciario, partiendo de una serie de indicios previos sobre la comisión o participación en un hecho delictivo anterior por parte del recluso, decide intervenir y grabar las comunicaciones orales del mismo con el objetivo final de obtener pruebas para su utilización en un futuro proceso penal.

En relación con la primera cuestión, en el apartado 1º del art. 51 LOGP, se constata que el director del centro penitenciario solo queda facultado para adoptar este tipo de restricciones para la consecución de tres finalidades concretadas, que son: “razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento”. Éstos son exclusivamente los motivos que facultan a la Administración penitenciaria a restringir las comunicaciones orales o escritas de los reclusos.

Desde esta perspectiva, cabe ya afirmar que quedan al margen de cualquier previsión legal las grabaciones encaminadas a la obtención de fuentes de prueba de la previa comisión de un hecho punible respecto de los reclusos. Esto es así, dado que la Ley General Penitenciaria está dirigida única y exclusivamente, y así debe interpretarse de acuerdo a su carácter orgánico, a su aplicación por la autoridad penitenciaria con fines preventivos, y no a la investigación de presuntas tramas delictivas, cuyo ámbito de regulación no es en absoluto de su competencia<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> En este sentido, Martínez, Margarita. *La Suspensión e intervención de las comunicaciones...*, ob. cit., pág. 95. Esta autora llega a calificar de inconstitucional al artículo 51.5 de la LOGP, “al suprimir la garantía de la intervención judicial previa prevista en el art. 18.3 CE”, sometiendo de este modo al derecho al secreto de las comunicaciones a un “sacrificio de una intensidad innecesaria y gratuita”.

<sup>126</sup> Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones...*, ob. cit., pág. 95.

<sup>127</sup> El Derecho. Grupo Francis Lefebvre (2011, 27 de diciembre). *Límites al derecho de defensa: Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente*. Recuperado el 27 de abril de 2015, de

En cuanto a los requisitos procedimentales a los que debe atender el director del establecimiento penitenciario cuando acuerde la suspensión o intervención de las comunicaciones escritas u orales de los reclusos, se exige que sea mediante decreto motivado<sup>128</sup>, en virtud del art. 51.5 LOGP. Este requisito ha sido reiteradamente considerado por nuestro Tribunal Constitucional desde su sentencia 170/1996<sup>129</sup>, de 29 de octubre, como “el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un Centro Penitenciario no se restrinja o menoscabe de forma innecesaria, inadecuada o excesiva”, constituyendo “un elemento imprescindible para la garantía de los derechos de los reclusos”, cuya falta o insuficiencia supone una vulneración del propio derecho fundamental afectado, concretamente, en este caso, el del secreto de las comunicaciones.

Por otro lado, además de la motivación del acuerdo, existen otros requisitos a los que queda sometida esta medida. Así, tanto el art. 43.1º como el 46.5º, ambos del RP, articulan la garantía de la doble notificación del acuerdo de intervención de las comunicaciones dirigida tanto al interno como al Juez correspondiente.

Sobre ello, también se ha pronunciado el TC. Precisamente, en referencia a la notificación del acuerdo al interno, pone de manifiesto que “en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial, a la vez que supone una garantía para el interno afectado”<sup>130</sup>.

De modo que, como contrapartida a la ausencia de la resolución judicial previa a la restricción de los derechos fundamentales del recluso, se impone el deber de notificarle, a éste último, el acuerdo de intervención de las comunicaciones orales. Con ello se pretende garantizar, precisamente, el derecho a la intimidad del recluso para que éste y

---

<[http://www.elderecho.com/penal/Limites-Intervencion-comunicaciones-abogado\\_cliente\\_11\\_351805001.html](http://www.elderecho.com/penal/Limites-Intervencion-comunicaciones-abogado_cliente_11_351805001.html)>

<sup>128</sup> Sobre este aspecto, véase ampliamente: Cáceres García, Jesús María ; Renart García, Felipe. La motivación en las decisiones de la administración penitenciaria a la luz de la Ley y del Reglamento Penitenciario: análisis sistemático. *Actualidad Penal*, 2003, nº 26, págs. 653 y ss.

<sup>129</sup> Ponente Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, f.j. 5º y 6º. En la misma línea, véase SSTC 192/2002, de 28 de octubre, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 5º; 193/2002, de 28 de octubre, ponente Don Guillermo Jiménez Sánchez, f.j. 3º y 141/1999, de 22 de julio, ponente Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, f.j. 5º.

<sup>130</sup> SSTC 193/2002, de 28 de octubre, ponente Don Guillermo Jiménez Sánchez, f.j. 3º, 192/2002, de 28 de octubre, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 5º y 200/1997, de 24 de noviembre, ponente Don Carles Viver Pi-Sunyer, f.j. 4º.

su interlocutor<sup>131</sup>, una vez que han sido advertidos de que sus comunicaciones orales o escritas van a ser objeto de intervención, puedan decidir el acceso al contenido de sus conversaciones por parte de la Administración penitenciaria, dado que tienen la posibilidad de omitir en sus conversaciones aquellos extremos que no deseen que sean conocidos por parte de terceros ajenos a la misma<sup>132</sup>.

Por otra parte, respecto de la comunicación *a posteriori* del acuerdo al Juez, el TC<sup>133</sup> ha declarado que “la necesidad legal de la comunicación de la medida adoptada a la autoridad judicial competente ha de ser inmediata, con el objeto de que ésta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción del derecho fundamental, articulándose, pues, como una auténtica garantía con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes”, con lo que, esta notificación a la autoridad judicial competente implica “no solo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado *a posteriori* mediante una resolución motivada”. Con esta última afirmación, el TC está incluso innovando el tenor literal de la legislación penitenciaria, al exigir del Juez una resolución judicial debidamente motivada en la que se pronuncie sobre la legitimidad de la restricción del derecho fundamental<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> En este sentido, véase a Martínez, Margarita. *La Suspensión e intervención de las comunicaciones...*, ob. cit., pág. 119. Esta autora considera que “la intervención de las comunicaciones no solo afecta al interno, sino también al otro polo de la comunicación”, por lo que, a su juicio, cabe concluir que “a pesar de que respecto de él la legislación penitenciaria no contempla la obligación de notificar la medida, dicha notificación debería ser igualmente exigible”.

<sup>132</sup> Respecto a las comunicaciones generales de las que venimos hablando en este apartado, los presupuestos que deben cumplirse han sido señalados de forma resumida por la STC 175/1997, de 27 de octubre, ponente Don Fernando García-Mon y González Reguera, en su f.j. 4º: persecución de un fin constitucionalmente legítimo y que esté previsto por la Ley; que la medida sea adoptada mediante resolución de la Dirección del centro especialmente motivada, y notificada al interesado, y que sea comunicada al Juez para que éste pueda ejercer el control sobre la misma. Asimismo la intervención ha de ser idónea necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido.

<sup>133</sup> STC 194/2002, de 28 de octubre, ponente Don Pablo Manuel Cachón Villar, f.j. 6º.

<sup>134</sup> Asimismo opina Martínez, Margarita. *La Suspensión e intervención de las comunicaciones...*, ob. cit., págs. 100 y 101, la cual manifiesta lo siguiente: “el legislador penitenciario –de forma innecesaria y, por tanto, inconstitucional-, ha expulsado del contenido del derecho la resolución judicial, configurando su limitación como un acto administrativo y relegando la intervención del Poder judicial a un simple control *a posteriori*”. En este sentido, debemos destacar la STC 200/1997, de 24 de noviembre, ponente Don Carles Viver Pi-Sunyer, la cual de forma literal expresa en su f.j. 4º que “si el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se limitase a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida”.

Finalmente, el tercer requisito al que queda sujeta la adopción de la intervención o suspensión de las comunicaciones del preso corresponde a la determinación de un límite temporal de la medida restrictiva, cuya fijación deberá expresarse en el acuerdo motivado como última proyección del principio de proporcionalidad<sup>135</sup>.

Cabe valorar la opinión de MARTINEZ RUÍZ, quien considera que el ámbito objetivo de las comunicaciones orales a las que alude la legislación penitenciaria no se extiende a cualquier género de conversación que puedan mantener los internos, ya que la propia rúbrica del Capítulo IV, del Título II del RP -“Relaciones con el exterior”-, sirve para sustentar que este tipo de comunicaciones excluye las que los reclusos puedan mantener entre sí en su celda<sup>136</sup>.

No obstante, el TC, en su sentencia 114/1984, de 22 de septiembre, consideró sin embargo la validez de la grabación de las comunicaciones directas entre dos internos<sup>137</sup>. Abogando para ello a una interpretación extensiva del art. 51.1 LOGP, y dando por sentado que, entre las conversaciones que los presos tienen con terceros, cabe incluir las que éstos tengan entre sí. Y si se permite al Director en tal precepto ordenar la intervención, con mayor razón se le debe permitir al Juez de Instrucción dado que su finalidad es garantizar una pluralidad de valores en una sociedad democrática que no pueden desconocerse. En definitiva, la Sala Segunda viene a decir que la injerencia en las comunicaciones directas encuentra cobertura legal directamente en el artículo 18 CE y es lícita siempre que sea autorizada judicialmente mediante resolución motivada.

Por lo tanto, de todo lo señalado en este punto, podemos extraer las dos siguientes conclusiones: por un lado, el director de un establecimiento penitenciario, mediando previos indicios de la comisión o participación de un hecho delictivo por parte de un interno, carece de facultades para intervenir las conversaciones orales del recluso; y por el otro, en tal situación, aun sin la conveniente interposición del legislador, el Juez de

---

<sup>135</sup> Paz, José María ; Mendoza, Julio ; Ollé, Manuel ; Rodríguez, Rosa María. *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*. Madrid: Colex, 1999. Pág. 216. 97-88-478-79488-1.

<sup>136</sup> Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones...*, ob. cit., pág. 101. Tal afirmación se corrobora con el contenido del art. 42 RP, dedicado expresamente a las comunicaciones orales, y en el que se determinan las siguientes normas procedimentales: el Consejo de Dirección fijará los días, preferentemente los fines de semana, en que tendrán lugar las comunicaciones de los internos, de manera que tengan, como mínimo dos comunicaciones a la semana; los familiares deberán acreditar el parentesco con los internos y los visitantes que no sean familiares habrán de obtener autorización del Director del establecimiento para poder comunicar. La duración de estas comunicaciones orales será de veinte minutos como mínimo.

<sup>137</sup> Ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 6º.

Instrucción sí puede, en principio, adoptar la decisión de limitar, de modo constitucionalmente legítimo, el derecho a la intimidad en sentido amplio de los internos, ordenando la captación y grabación de sus conversaciones orales o ambientales<sup>138</sup>.

## **2.2.2. Régimen especial de las comunicaciones orales directas del interno con su Abogado defensor**

### **A) Requisitos que deben cumplirse**

Para intervenir las comunicaciones directas “específicas” entre un interno y su Abogado, hay que atender al régimen especial regulado en el art. 51.2 LOGP, que recoge dos condiciones habilitantes y acumulativas para la legitimidad de la intervención. Que, al mismo tiempo, sirven para aumentar el grado de protección legal del derecho de defensa<sup>139</sup>. Estas condiciones son: en primer lugar, la existencia de una “orden expresa de la autoridad judicial” y, en segundo lugar, que se trate de “supuestos de terrorismo”.

La redacción del artículo da un significado acumulativo, al establecer que “no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. Así pues, una interpretación gramatical de este artículo permite conocer que la letra “y”, según la Real Academia Española, es una conjunción copulativa utilizada para unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo; es decir, con carácter acumulativo, no alternativo.

En este sentido, se ha manifestado la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al art. 51.2 LOGP. Destacamos, de nuevo, su sentencia 183/1994, de 20 de junio, que en su f.j. 5º señala “la imposibilidad constitucional de interpretar este último precepto en el sentido de considerar alternativas las dos condiciones de orden de la autoridad judicial” y “supuestos de terrorismo que en el

---

<sup>138</sup> En este sentido se pronuncia Fábrega, Cristóbal Francisco. Secreto de las comunicaciones y proceso penal. *La Ley*, 1997, nº4, pág. 1189.

<sup>139</sup> Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 710.

mismo se contienen”, añadiendo más adelante que “dichas condiciones habilitantes deben, por el contrario, considerarse acumulativas”<sup>140</sup>.

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su sentencia 245/1995, de 6 de marzo, en referencia a la intervención de las comunicaciones en un centro penitenciario -art. 51.2 LOGP- y la distinción entre este tipo de comunicaciones. Recogiendo lo establecido en la STC 183/1994 y señalando lo siguiente: “Es evidente, en efecto, que el art. 51 de la LOGP distingue entre las comunicaciones que podemos calificar de generales, entre el interno y determinada clase de personas -art. 51.1- y las comunicaciones específicas que aquél tenga con su Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales –art. 51.2-; la primera clase de comunicación viene sometida al régimen general del art. 51.5, que autoriza al Director del Centro a suspenderlas o intervenirlas “por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento”, según precisa el art. 51.1, mientras que las segundas son sometidas al régimen especial del art. 51.2, cuya justificación se debe encontrar en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración Penitenciaria que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen del ámbito penitenciario ”<sup>141</sup>.

Concluye diciendo el Tribunal Supremo que “la razón resulta clara y es explicitada por el propio Tribunal Constitucional: la intervención de una conversación de un interno con su Abogado defensor (o el Abogado llamado por aquél) realizada por autoridad administrativa “es totalmente incompatible con el más intenso grado de protección que la norma legal confiere al derecho de defensa en los procesos penales”. Por eso la legislación penitenciaria exige no como alternativas, sino como acumulativas para tal restricción el supuesto de terrorismo y la orden de la autoridad judicial”<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> En el mismo sentido se pronuncia la STC 58/1998 de 16 de marzo, ponente Don Carles Viver Pi-Sunyer, al afirmar en su f.j. 2º que estos dos requisitos que establece el art. 51.2 LOGP “*debían ser interpretados como acumulativos y no como alternativos*”.

<sup>141</sup> [RJ 1995\1808], ponente Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, f.j. 1º.

<sup>142</sup> También se ha pronunciado en el mismo sentido el ATS 20716/2009, de 19 de octubre de 2010, magistrado instructor Don Alberto Jorge Barreiro, f.j. 1º y la STS 538/1997, de 23 de abril [RJ 1997\3259], ponente Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, la cual, tras indicar la gravedad y el peligro que supone para una sociedad democrática la actividad terrorista, resalta en su f.j. 7º que “es por ello por lo que, excepcionalmente y sin que dicha excepción pueda contagiarse al resto del sistema, en el ámbito personal exclusivo de los supuestos de terrorismo y en todo caso con la especial garantía de la orden judicial previa, naturalmente ponderadora de la necesidad, proporcionalidad y racionalidad de la medida

Como apunta el Auto de 25 de marzo de 2010 del TSJ de Madrid, sobre el caso Gürtel, “cuando se trate de personas privadas de libertad, constreñidas por tanto a realizar las imprescindibles comunicaciones con su letrado en un entorno controlado por la Administración Pública, dispuso el legislador que solo podrían intervenir estas comunicaciones, necesarias para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, cuando concurrieran dos condiciones conjuntamente: que se tratara de presos o penados por delitos de terrorismo y que esa restricción fuera ponderada adecuadamente en una resolución judicial. Consciente el legislador de que dejar abierta la posibilidad de restricción de esas comunicaciones en cualquier clase de delito podría dar al traste con el derecho de defensa y el derecho a no declarar contra uno mismo, solo lo autorizó en casos de terrorismo, máximo ataque a la convivencia social. Y aún en estos casos lo condicionó a que una autoridad judicial evaluara la conveniencia, utilidad y proporcionalidad de la medida, al objeto de preservar también en estos casos los derechos individuales de los penados, imputados o acusados, aunque lo fueran por terrorismo”<sup>143</sup>.

Por lo tanto, la aplicación de este artículo 51.2 LOGP para justificar la intervención judicial de tales comunicaciones entre el preso preventivo y su abogado defensor, fuera de los casos para los que está previsto, cuando no concurren indicios de criminalidad sobre este último y además sin ser el supuesto delito de terrorismo, supone una intromisión en el derecho a la defensa. Constituye un deber para el abogado proteger al máximo la confidencialidad con su cliente, independientemente del estado en el que éste se encuentre, es decir, se trate de un interno en centro penitenciario o no, ya que el interno puede revelar a su letrado los secretos que quedan bajo la reserva del secreto profesional.

De tal forma que queda absolutamente sentada la doctrina del TC y del TS a este respecto, considerando ambos requisitos como acumulativos y no como alternativos, requisitos que deben concurrir para que la intervención sea legítima.

---

en cada caso concreto, el art. 51.2 LOGP faculta para la intervención de este tipo de comunicaciones singulares. Pero, como señala la STC 183/1994, son condiciones habilitantes “acumulativas” el tratarse de supuestos de terrorismo y la orden judicial, motivada y proporcionada”.

<sup>143</sup> Presidente Don Francisco Javier Vieira Morante, f.j. 5º.

## **B) Posible afectación al derecho de defensa**

La LOGP en su art. 51.2 puede conculcar el principio constitucional de la defensa letrada, pues un control reiterado impide una correcta defensa del Abogado con relación a su defendido, lo que crea una clara indefensión. Esta restricción no parece acorde con lo establecido en el art.14.3.b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>144</sup>. De todo ello se desprende una contraposición de garantías del art. 24.2 CE (defensa letrada) y el art. 51.2 LOGP. Nuestro ordenamiento jurídico viene considerando fundamental el derecho a la defensa y a la asistencia letrada, y en este sentido se pronuncia la jurisprudencia en cuanto que ese derecho tiene preferencia sobre determinadas resoluciones penitenciarias, incluso con las sanciones disciplinarias<sup>145</sup>.

No obstante, las comunicaciones con otros Letrados y Procuradores que no reúnan la condición de defensor y representante, respectivamente, del interno, se ajustarán al régimen general del artículo 51.5 LOGP, en el cual quedaba en manos de la autoridad administrativa, de manera que se regirán por las reglas generales establecidas en el art. 41 RP para comunicaciones y visitas con familiares, amigos, etc.<sup>146</sup>. Por lo que, en estos casos, los Abogados y Procuradores no tienen ningún privilegio especial, ya que la intervención no conlleva una limitación del derecho de defensa, sino del derecho al secreto de las comunicaciones del interno. Sin embargo, la situación varía si los letrados presentan autorización judicial o del Juez de vigilancia, ya que en estos casos se les equipara a los defensores o expresamente llamados por los internos<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> Dispone el art. 14.3 que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”.

<sup>145</sup> Recoge la STC 1921/1996, de 26 de noviembre, que: “Tratándose de sanción impuesta a internos penitenciarios, el conjunto de garantías se aplican con especial rigor, al considerar que la sanción impone una grave restricción a la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena. Es claro que la situación de sujeción especial del interno en establecimiento penitenciario, no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales e impedir que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones”.

<sup>146</sup> Recoge el art. 48.4 RP: “Las comunicaciones con otros Letrados que no sean los mencionados en los apartados anteriores, cuya visita haya sido requerida por el interno, se celebrarán en los mismos locutorios especiales y se ajustarán a las normas generales del art. 41”.

<sup>147</sup> Dispone el art. 48.4 RP, en su inciso final: “En el caso de que dichos letrados presenten autorización de la autoridad judicial correspondiente si el interno fuera un preventivo o del Juez de Vigilancia si se tratase de un penado, la comunicación se concederá en las condiciones prescritas en los anteriores apartados de este artículo”.

### **2.2.3. Grabaciones realizadas en los calabozos de los detenidos en dependencias policiales**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre la posibilidad de acordar la intervención judicial de las conversaciones verbales directas entre los detenidos en dependencias policiales, en la Sentencia 145/2014, de 22 de septiembre<sup>148</sup>, resolviendo la misma que no puede ser legislativo acodarla, pues carece de habilitación legal, esto es, de desarrollo legislativo.

La intervención de las comunicaciones verbales de los detenidos en sede policial, que ha ocasionado el posicionamiento del TC, tiene su origen en una causa resuelta por la Audiencia Provincial de Zaragoza mediante sentencia de 10 de julio de 2009, en la que se acordó condenar al posterior recurrente en amparo por un delito de asesinato agravado, un delito de detención ilegal, un delito continuado de robo con violencia e intimidación y un delito de tenencia ilícita de armas.

A juicio del Tribunal Constitucional, los preceptos de la normativa penitenciaria en relación con la intervención de las comunicaciones orales no rigen en un marco extrapenitenciario, ni están pensados para supuestos en los que no opera con toda su singularidad el régimen administrativo de especial sujeción propio del interno en un establecimiento de esa naturaleza. El segundo inciso del art. 25.2 CE habla del “condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma”, lo cual demuestra lo que venimos afirmando, pues incorpora una cláusula de garantía que si bien permite preservar el ejercicio de los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, se refiere al ámbito de la relación de sujeción especial que vincula al privado de libertad con la Administración penitenciaria a cuyo sometimiento se halla<sup>149</sup>.

Tal y como como señaló en su momento la STC 169/2001, de 16 de julio<sup>150</sup>, no presentan cobertura legal específica de una medida restrictiva de derechos fundamentales aquellas disposiciones que establecen habilitaciones para la autoridad administrativa y no judicial, o aquéllas que habilitan a los órganos judiciales a adoptar la medida en otros ámbitos jurídicos y conforme a presupuestos diferentes.

---

<sup>148</sup> Ponente Don Fernando Valdés Dal-Ré.

<sup>149</sup> STC 128/2013, de 3 de junio, ponente Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, f.j. 3º.

<sup>150</sup> Ponente Don Julio Diego González Campos, f.j. 8º.

Por lo tanto, la normativa penitenciaria tampoco ampara la perseguida posibilidad de interceptación de comunicaciones distintas a las expresamente contempladas en su regulación jurídica.

La sentencia objeto de análisis -STC 145/2014, de 22 de septiembre- considera que las personas afectadas bajo estas circunstancias no podían prever la situación que ahora se denuncia, lo que excluye otros debates -suficiencia de la norma legal o proporcionalidad de la medida judicial- que solo proceden una vez cumplida esa primera garantía -existencia de disposición jurídica que cumpla el cometido de precisar la vaguedad e indeterminación del art. 18.3 CE en este punto-. De manera que, los avales mínimos que se han venido reclamando cuando hablamos de calidad de la ley, en concreto de su previsibilidad, quiebran en mayor medida si ni siquiera se ha procedido a la intervención del legislador. Debe quedar claro que no estamos ante un defecto por insuficiencia de la ley, sino ante una ausencia total y completa de regulación, ya que el art. 579.2 LECrim se refiere a intervenciones telefónicas, no a escuchas de otra naturaleza y, mucho menos regula una intervención secreta de las comunicaciones directas en dependencias policiales entre detenidos; ámbito que por su particularidad debe venir reforzado con las más plenas garantías y con la debida autonomía y singularidad normativa.

De todo lo expuesto se deduce que la normativa penitenciaria -art. 51 LOGP y arts. 46 y 47 RP- no ampara los supuestos de las intervenciones de las comunicaciones verbales de los detenidos en sede policial.

### **2.3. Nueva regulación prevista mediante el Proyecto de Ley Orgánica que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal**

#### **2.3.1. Introducción**

A día de hoy, el ámbito que afecta a las posibilidades de investigación de hechos ilícitos ha superado en gran medida las previsiones del legislador, pudiendo afirmar de este modo que la realidad siempre va por delante del Derecho. Frente a las obsoletas diligencias investigadoras reguladas en nuestra vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos encontramos en la actualidad con una situación en la que los grandes avances tecnológicos van más allá de lo estrictamente regulado.

El uso masivo de las nuevas tecnologías, en constante y sorprendente evolución, ha propiciado que la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal quede especialmente desfasada en lo relativo a las medidas de investigación. Dicha Ley no ha podido adaptarse al paso del tiempo. Las nuevas formas de delincuencia junto con el uso de nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de la normativa existente, la cual fue creada para tiempos bien distintos. Las transformaciones que se han producido en materia de investigación de las comunicaciones desde que se promulgó la norma en el siglo XIX se suplían hasta ahora con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; pero su regulación legislativa ya resulta inaplazable<sup>151</sup>.

Debido a esta necesidad urgente de regulación, el Consejo de Ministros recientemente ha aprobado dos Proyectos de Ley en fecha 13 de marzo de 2015, uno de Ley Orgánica y otro de Ley Ordinaria que modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adaptando así esta norma dictada en 1882 a la realidad actual<sup>152</sup>. En el presente trabajo nos interesa analizar el primero de ellos, pues es el que regula la intervención de las comunicaciones orales directas, carentes de marco legal por tratarse de una ley tan antigua.

El texto aprobado se remite al borrador de Código Procesal Penal del año 2013 realizado por una comisión de expertos, en el que se proponía un cambio radical del sistema de justicia penal, por lo que su implantación requeriría de un amplio consenso. A la espera de que ese gran acuerdo se alcance, el Gobierno considera que hay ciertas cuestiones que no pueden aguardar a ese momento para ser establecidas, por lo que se han incluido en la reforma de la que venimos hablando<sup>153</sup>.

Por ello, el “Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las

---

<sup>151</sup> Exposición de Motivos (IV) del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

<sup>152</sup> A partir del Anteproyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros el pasado 5 de diciembre de 2014, se ha escindido su contenido en dos ámbitos: el Proyecto de Ley Orgánica se refiere a la regulación de las cuestiones que afectan a derechos fundamentales, como el estatuto del investigado y las diligencias de investigación tecnológica; mientras que el Proyecto de Ley ordinaria afecta a las cuestiones de índole procesal, como las medidas de agilización de la justicia penal y otras garantías como el proceso monitorio penal, la generalización de la segunda instancia y la ampliación del recurso de revisión.

<sup>153</sup> Exposición de Motivos (I) del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

medidas de investigación tecnológica” (en lo sucesivo Proyecto de Ley o PLO) pretende completar las persistentes lagunas del actual artículo 579 LECrim. Así pues, se crea en el Título VIII del Libro II un nuevo Capítulo IV, relativo a las disposiciones comunes, y capítulos sucesivos referentes a los siguientes apartados<sup>154</sup>: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información; y registros remotos sobre equipos informáticos.

Centrándonos en la materia que nos incumbe, el mercado tecnológico ha puesto a disposición tanto de los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como de los particulares, todo un arsenal en materia de control auditivo y visual que habilita tanto la captación oculta de imágenes como las escuchas y grabaciones clandestinas de las conversaciones orales directas<sup>155</sup>. La información generada por los sistemas de captación y grabación de comunicaciones proporciona poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos y puede resultar indispensable en la investigación de determinados delitos.

Por mucho esfuerzo que hayan realizado Jueces y Tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, la calidad democrática de nuestro sistema procesal se ha visto mermada al dejar en manos de la creación jurisprudencial una materia que ha de ser objeto de regulación legislativa. Recientemente, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 145/2014, de 22 de septiembre<sup>156</sup>, ha expresado que se requiere, de manera necesaria e inaplazable, de una regulación que aborde intromisiones en la privacidad del sujeto activo de un proceso penal, dado que actualmente este aspecto carece de cobertura y cuya solución no puede obtenerse acudiendo a una integración analógica que resultaría constitucionalmente inaceptable.

De manera que, con carácter previo, debemos valorar positivamente que por fin se dote de un marco legal a la diligencia de instrucción de intervención de las comunicaciones orales directas mediante el empleo de dispositivos electrónicos, materia hasta ahora ausente de regulación en el proceso penal. Esto se aborda en base a dos ideas clave: la

---

<sup>154</sup> Art. 13 PLO.

<sup>155</sup> Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones...*, ob. cit., pág. 14.

<sup>156</sup> Ponente Don Fernando Valdés Dal-Ré, f.j. 7º.

primera, la exigencia de que sea el Juez de instrucción quien legitime el acto de injerencia; y, la segunda, la necesidad de que los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad actúen como elementos de justificación de la medida.

### **2.3.2. Análisis crítico de la reforma en materia de captación y grabación de comunicaciones orales directas**

#### **A) Disposiciones comunes y específicas**

Dentro del Título VIII del Libro II, se encuentra el Capítulo IV, el cual establece una serie de disposiciones comunes que afectan a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; registro de dispositivos de almacenamiento masivo de la información; y registros remotos sobre equipos informáticos<sup>157</sup>.

Más adelante, en el capítulo VI, se prevén una serie de artículos destinados a regular, de manera específica, la medida de captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

A continuación pasaremos a examinar las disposiciones que afectan a nuestra materia objeto de estudio.

#### ***a) Principios rectores***

El primero de los artículos a analizar es el relativo a los principios rectores. Se ha estimado oportuna la proclamación normativa de principios generales, los cuales determinan la validez de las diligencias de investigación como la intervención de las comunicaciones. En nuestra opinión este artículo resulta imprescindible para saber bajo qué circunstancias concretas se permite adoptar esta medida.

El art. 588 bis a PLO nos dice que la autorización judicial que posibilite acordar alguna de las medidas de investigación mencionadas previamente se deberá ajustar a los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

---

<sup>157</sup> Arts. 588 bis a – 588 bis k PLO.

La proporcionalidad, por su parte, supone que el sacrificio del derecho afectado reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendiendo a la gravedad del hecho, a la trascendencia social, a la intensidad de los indicios existentes y a la importancia del resultado que se persigue a través de esta medida. De hecho el principio de proporcionalidad es el más general de todos, siendo los otros subprincipios que derivan del de proporcionalidad.

Si acudimos al art. 8.2 CEDH<sup>158</sup> podemos fijar cuáles serán las condiciones mínimas que ha de reunir el fin concreto que la medida persigue<sup>159</sup>. A tenor del artículo anterior, puede deducirse que junto a la necesidad de una previsión legislativa de la medida en cuestión, la finalidad que el órgano jurisdiccional persigue a la hora de acordar la intervención de las comunicaciones orales directas ha de trascender a los meros intereses particulares del juez y del grupo de personas directamente afectados por la investigación del hecho delictivo. Esa finalidad ha de tener una trascendencia social, es decir, ha de ser el conjunto de la sociedad la que reclame la adopción de una limitación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de ciertos ciudadanos, justificando la gravedad de la medida en la importancia que supone para la investigación del hecho criminal<sup>160</sup>.

En el fondo, todas las referencias que el CEDH hace a las circunstancias que posibilitarían la injerencia en el derecho fundamental señalado se centran en el interés general. Así, como señala LÓPEZ BARJA, “solo en razón de intereses generales puede interferirse la esfera privada de la persona”<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> “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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>159</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 215.

<sup>160</sup> El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima en su sentencia de 6 de septiembre de 1978, *caso Klass y otros*, que “las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar en secreto los elementos subversivos que operan en su territorio. El Tribunal debe, pues, admitir que la existencia de disposiciones legislativas acordando los poderes de vigilancia secreta de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática en la seguridad nacional y/o en la defensa del orden y en la prevención de infracciones penales”.

<sup>161</sup> López-Barja, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. 1ª ed. Madrid: Akal, 1989. Pág. 33. 97-88-476-0045-00.

El principio de especialidad exige que la intervención esté relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona o grupo en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso<sup>162</sup>.

Seguidamente encontramos el principio de idoneidad, que nos es útil para determinar la duración de la intervención en base a su utilidad y también nos permite definir el ámbito objetivo y subjetivo de la medida. La adopción de esta medida no está legitimada únicamente por la comisión de un hecho delictivo, sino que su legitimación tiene que determinarse considerando cada caso concreto y examinando su necesidad e idoneidad en relación con el fin que se persigue, excluyendo otras medidas alternativas.

Partiendo de la previa existencia de la causa para la que se acuerda la intervención, la medida se ha dirigir a algunas de las siguientes finalidades: la averiguación de algún hecho cuya existencia se sospecha a partir del análisis de otros ya obtenidos; o la verificación de hechos ya existentes. En definitiva, la medida ha de dirigirse a la simple investigación del hecho o a la obtención de material probatorio que pueda posteriormente hacerse valer en el juicio oral<sup>163</sup>.

Los principios de excepcionalidad y de necesidad están interrelacionados con el de proporcionalidad. La intervención de las comunicaciones orales directas no se configura como un medio normal de investigación, en la medida que supone el sacrificio de derechos fundamentales, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado. Debe exigirse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de dicha intervención de las comunicaciones. El hecho de no recurrir a esta medida debe dificultar gravemente el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación del autor o autores, la averiguación de su paradero o la localización de los efectos del delito. Por lo tanto, las informaciones que se pretenden obtener a través de esta medida tienen que ser de tal trascendencia en la

---

<sup>162</sup> Circular 1/2013, de 11 de enero, “Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas”. Págs. 79 y 80.

<sup>163</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 150 y 151.

investigación del delito, que por ellas mismas ya justifiquen la injerencia de derechos fundamentales<sup>164</sup>.

Solo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del sujeto activo y, potencialmente, también útiles para la instrucción. Además de la existencia de indicios de delito es preciso que el estado de la investigación haga necesaria la restricción del derecho fundamental.

Es por ello que, si no es probable que se obtengan datos esenciales o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, conforme al principio de excepcionalidad y de necesidad no procedería acordar una intervención de este tipo.

En definitiva, la finalidad de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas tiene que ser la averiguación de datos o hechos que faciliten la investigación criminal, de manera que el órgano jurisdiccional debe apreciar su necesidad, idoneidad, especialidad y excepcionalidad ponderando la gravedad de la injerencia en el derecho fundamental proporcionalmente a la importancia del fin que se pueda alcanzar con esta medida.

#### ***b) Solicitud de autorización judicial***

La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud de autorización judicial de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas. Con el fin de evitar una ausencia de fundamentación en la solicitud susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación, se ha creado una minuciosa regulación sobre el contenido de la misma.

El primer apartado del art. 588 bis b indica que la forma de adopción de la intervención de las comunicaciones orales directas puede ser de oficio por el titular del juzgado, en función del material de que disponga en la instrucción. Pero ningún obstáculo existe para que también pueda acordarse a petición del Ministerio Fiscal, que como órgano del Estado que ha llevado a cabo una investigación y no puede por sí mismo limitar derecho

---

<sup>164</sup> Circular 1/2013, de 11 de enero, “Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas”. Págs. 73 y 74.

fundamental alguno, se dirige al juez para que incoe un proceso y proceda a la práctica de las diligencias y medidas que considere necesarias para el buen fin de la investigación. También se admite que el juez acuerde esta medida a instancia de la Policía Judicial.

Conviene resaltar, positivamente, que se establezca expresamente que el Juez de Instrucción pueda acordar de oficio la diligencia de investigación, a diferencia de lo que sucedía en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 5 de diciembre de 2014, en el cual no se especificaba tal extremo.

En relación con ello, se nos ha planteado la duda acerca de la posibilidad de permitir también a las acusaciones particular y privada, una vez iniciado el proceso y examinadas las actuaciones, la facultad de solicitar al instructor la adopción de esta medida. Sin embargo, entendemos que esto no es admisible dado que estamos analizando una diligencia de investigación que se debe dictar dentro de un proceso penal en el cual se habrá activado el secreto de sumario, de modo que ni el imputado ni el resto de partes podrán proponer diligencias que interesen a su postura procesal. De lo contrario, al ser el sujeto activo conocedor de la existencia de una causa en su contra, no actúa de la misma manera que en el caso de ignorar este hecho, y más teniendo en cuenta que su abogado puede advertirle de la posible adopción de esta diligencia de investigación, aconsejándole prudencia en las conversaciones que mantenga.

Por su parte, el segundo apartado del art. 588 bis b, especifica el contenido que debe tener la petición por parte del Ministerio Fiscal o de la Policía Judicial de la medida de investigación. Esta solicitud debe contener, en concreto:

1. La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otra persona afectada por la medida, siempre que se conozcan tales datos.
2. La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida y los indicios de criminalidad que se hayan descubierto durante la previa investigación a la solicitud de autorización judicial de la medida.
3. Los datos de identificación del investigado y de los medios de comunicación empleados que permitan que se ejecute la medida.
4. La extensión de la medida especificando su contenido.

5. La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
6. La forma de ejecución de la medida.
7. La duración de la medida.
8. El sujeto concreto obligado que realizará la medida, en caso de que se conozca.

Consideramos que las cuestiones que debe contener la solicitud de autorización judicial abarcan todos los aspectos necesarios para estimarla completa.

***c) Resolución judicial***

El art. 588 bis c se dedica, de manera oportuna, a establecer el contenido y extensión de la resolución judicial autorizante de la diligencia de investigación objeto de examen. Bajo nuestro punto de vista, su detallado desglose de parámetros es adecuado y facilitará el respeto al principio de proporcionalidad.

La regla general es que para acordar una medida de intervención o registro de las comunicaciones de cualquier clase –realizada a través de cualquier medio- se requerirá autorización judicial. El juez accederá, a adoptar o no dicha autorización, siguiendo los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Así pues, se confía en exclusiva al Poder Judicial el monopolio de la potestad de autorizar medidas de este tipo. Concretamente, solo el juez de instrucción puede autorizar el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal, y lo deberá hacer en el plazo máximo de 24 horas desde que se presente la solicitud. También consecuencia de la exclusividad judicial es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida. De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni bajo ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar al derecho constitucional sin la intervención absolutamente imparcial del Juez.

El artículo 588 bis c, por su parte, establece que el juez podrá requerir, interrumpiendo el plazo anterior de 24 horas, una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud en caso de que le resulte necesario para poder resolver sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos en la solicitud de autorización judicial.

La resolución judicial habilitante debe concretar los siguientes extremos:

- El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica.
- La identidad de los investigados y de cualquier otro posible afectado, de ser conocido.
- La extensión de la medida, especificando su alcance.  
Se pretende que sea el propio juez, ponderando la gravedad del hecho que está siendo objeto de investigación, el que determine el alcance de la injerencia del Estado en las comunicaciones particulares. La resolución habilitante, por tanto, deberá precisar el ámbito objetivo y subjetivo de la medida.
- La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
- La duración de la medida.
- La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
- La finalidad perseguida con la medida.

La garantía del monopolio jurisdiccional se completa con la exigencia de la motivación, en realidad todos los autos han de estar motivados, según exige el art. 248.2 LOPJ<sup>165</sup>. Las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención de las comunicaciones orales directas se fundamentan en el respeto al derecho de defensa del sujeto activo de la medida pues, debido a la finalidad de ésta, la persona investigada no puede conocer la existencia de dicha medida en el momento de su adopción, por lo que su defensa no puede tener lugar en ese momento. Asimismo, con la motivación también se pretende facilitar el control jurisdiccional de la medida. Por lo tanto, junto a los razonamientos que el juez utilice para acordar la medida, deberán constar todas aquellas circunstancias que vayan a determinar un mayor número de garantías en la ejecución de la intervención y que permitan un verdadero control por parte del titular del órgano judicial.

La resolución autorizante debe tener un contenido garantista y deben quedar determinados los requisitos mínimos que ha de reunir el auto, evitando así que el contenido de la resolución quede al arbitrio de cada juez de instrucción. Además, el

---

<sup>165</sup> Dispone el art. 248.2 LOPJ que “Los autos serán siempre fundados...”. Si se tiene en cuenta que el Juez toma una decisión tan importante como la de intervenir conversaciones entre personas debe tomar esta decisión mediante auto que justifique tal medida.

contenido del auto debe ser preciso y claro, puesto que a él deben ceñirse los funcionarios de la policía judicial o técnicos encargados de la ejecución de la medida.

Conviene apuntar, también, que el legislador no ha aprovechado esta preciada ocasión para determinar sin reservas que de no cumplirse con los requisitos constitucionales, el auto deviene nulo por vulneración de derechos fundamentales, tal y como establece el art. 11 LOPJ.

Por otro lado, en nuestra opinión, el auto debería contener además las siguientes cuestiones:

- A parte de especificar el hecho delictivo que se persigue en la causa, debería descartar la intervención de todas aquellas comunicaciones que no guarden relación con el objeto investigado.
- Debería argumentar concretamente cuáles son las razones que avalan su necesidad e idoneidad.
- Se deberá establecer la obligación de los funcionarios encargados de la efectividad práctica de la medida de redactar un acta con todas las incidencias que se hayan producido durante su desarrollo, acta que deberá entregarse al juez junto con las grabaciones.

A pesar de que no aparece previsto en el artículo que estamos analizando, los autos autorizantes de la medida deben contener las firmas del Juez y del Secretario pues “la adopción de injerencias en derechos fundamentales exige un escrupuloso respeto y una observancia de la disciplina de garantía dispuesta en la ley para asegurar la judicialidad de la medida y el efectivo control de su ejecución. La falta de firmas evidencia, cuando menos, un descontrol judicial de la injerencia que no puede ser tratada como mero error sin relevancia alguna”<sup>166</sup>.

Ahora bien, solicitada la medida por una de las partes y denegada por el juez, no parece que contra esta resolución quepa interponer recurso alguno pese a lo dispuesto en el art. 311.2 LECrim<sup>167</sup>, ya que la utilización del recurso de apelación previsto en el citado

---

<sup>166</sup> STS 1356/2011, de 12 de diciembre [RJ 2012\447], ponente Don Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º.

<sup>167</sup> “Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas podrá interponerse recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto para ante la respectiva Audiencia o Tribunal competente”.

precepto implicaría el conocimiento de la intervención por parte del inculpado, lo cual hace que la restricción del secreto de las comunicaciones resulte ineficaz.

Dentro de las disposiciones específicas, hallamos el art. 588 quater c que aborda el contenido de la resolución judicial específicamente respecto a la intervención de las comunicaciones orales directas y se remite al art. 588 bis b, el cual contiene las exigencias que deben constar en la resolución judicial que autorice la medida. Asimismo, deberá contener una mención sobre el lugar o dependencias concretas sometidas a vigilancia y deberá vincularse a posibles encuentros que vaya a mantener el investigado. El presente precepto resuelve esta cuestión en términos que se estiman adecuados, sin nada que objetar en su contra.

#### *d) Duración y cese*

##### **d.1. Duración**

Respecto a la duración, debemos acudir al art. 588 bis e, el cual regula este aspecto de forma común a todas las diligencias de investigación previstas en este capítulo. Este precepto busca un equilibrio entre la necesidad que implica utilizar estas diligencias y la importancia de definir unos límites cronológicos que no prolonguen de forma innecesaria la interferencia de los poderes públicos en la privacidad de los ciudadanos afectados por la medida. Concretamente, este artículo nos indica que la duración no podrá exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos, pues estamos ante diligencias de investigación susceptibles de vulnerar derechos fundamentales.

Por otro lado, establece que las medidas tendrán la duración que se determine de manera específica en la regulación concreta de cada una de ellas. Sin embargo, si acudimos al Capítulo VI de este Proyecto de Ley Orgánica relativo a la intervención de las comunicaciones orales directas, no encontramos ningún precepto que regule la duración, de manera que consideramos tal omisión como un grave descuido por parte del legislador. La fijación del plazo o duración de la presente diligencia, al tratarse de una medida sustancialmente gravosa y limitativa de derechos fundamentales, se estima más que necesaria.

La colocación de aparatos de escucha y transmisión del sonido con carácter permanente o indefinido supondría convertir esta medida en las propias de un Estado policía, lo cual

no se podría tolerar en un sistema democrático como es el nuestro<sup>168</sup>. Por lo tanto, es necesario que el legislador establezca un plazo de duración máximo durante el cual pueda mantenerse legítimamente la intervención, así como precisar los momentos de inicio y finalización del cómputo.

Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>169</sup>, quien ha exigido una previsión que fije un límite a la duración de la ejecución de la medida. Las autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales no pueden establecer unos límites temporales muy amplios que constituyan "una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona"<sup>170</sup>. El plazo de la intervención es uno de los extremos que deben hacerse constar en el auto autorizante<sup>171</sup>.

En relación con el cómputo del plazo, caben dos posibilidades respecto al día de inicio o *dies a quo*, ya que podemos entender que el plazo empezará a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial o desde la fecha en que comience a hacerse efectiva tal medida<sup>172</sup>. La STC 26/2006, de 30 de enero<sup>173</sup>, se decanta por la primera opción basándose en el principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, lo que llevaría a la lectura más garantista desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, es decir, la que entiende que "el plazo de intervención posible en el derecho fundamental comienza a correr desde el momento en el que ha sido autorizada".

Debemos tener en cuenta que previamente a la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas, el juez o magistrado debe haber iniciado

---

<sup>168</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 248.

<sup>169</sup> SSTEDH de 30 de julio de 1998 *Valenzuela Contreras contra España*, y de 18 de febrero de 2003 *Prado Bugallo contra España*.

<sup>170</sup> STC 207/1996, de 16 de diciembre, ponente Don Vicente Gimeno Sendra, f.j. 3º.

<sup>171</sup> SSTC 25/2011, de 14 de marzo, ponente Doña Elisa Pérez Vera, f.j. 2º; 219/2009, de 21 de diciembre, ponente Doña María Emilia Casas Baamonde, f.j. 4º; y 261/2005, de 24 de octubre, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 2º.

<sup>172</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., pág. 239.

<sup>173</sup> STC 26/2006, de 30 de enero, ponente Don Guillermo Giménez Sánchez, f.j. 9º. Véase también SSTC 68/2010, de 18 de octubre, ponente Doña Elisa Pérez Vera, f.j. 2º; 205/2005, de 18 de julio, ponente Doña Elisa Pérez Vera, f.j. 5º. Dicha postura también la mantiene el TS, sirviéndonos de ejemplo la sentencia 717/2013, de 1 de octubre [RJ 2013\7096], ponente Don Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º, la cual establece que: "en relación con el *dies a quo* o inicial del plazo a los efectos del cómputo, debe partirse de la fecha en que se dicta la resolución que le autoriza, independientemente de cuando comience la intervención efectivamente". A su vez, el borrador de Código Procesal Penal de 2013 se adhiere a esta opción, tal y como manifiesta en su art. 302, que establece que "se computará desde la fecha de la autorización judicial".

diligencias judiciales. La adquisición de la condición de parte va a permitir, de acuerdo con los arts. 118 y 302 LECrim, que el imputado y su defensor tomen conocimiento de todas las actuaciones que se lleven a cabo para el esclarecimiento del hecho delictivo, y ello es así porque de lo contrario el derecho de defensa no tendría efectividad si se ocultasen datos y hechos que puedan ser relevantes para la causa.

#### **d.2. Secreto**

Está claro que para que la diligencia de intervención de las comunicaciones orales directas sea eficaz debe dictarse al mismo momento el secreto de las actuaciones. A tal efecto, el artículo 588 bis d establece que la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

El secreto sumarial, en la vigente LECrim, se encuentra regulado en los arts. 301 y ss. y tiene como finalidad “impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación de los hechos”<sup>174</sup>. Puede ser total o parcial, de manera que se podrá decretar tanto el secreto de toda la fase de instrucción como el secreto de, únicamente, la diligencia de investigación en concreto.

La ignorancia por parte de la persona investigada de la adopción de una medida de este tipo es requisito imprescindible para garantizar su éxito, por lo que no será posible el acceso a las diligencias penales que se hayan declarado secretas.

En nuestra opinión, la introducción de un artículo de estas características por parte del legislador es muy acertada, pues la decisión de proceder a la intervención de las comunicaciones orales directas lleva implícita la declaración de secreto de las actuaciones por exigencias de lógica y para asegurar su efectividad y utilidad, ya que no tendría sentido notificar a alguien que se le van a intervenir sus conversaciones.

Sin embargo, surgen problemas prácticos a la hora de compaginar el plazo durante el cual puede mantenerse la medida con el plazo que se establece para el secreto de las actuaciones, pues el plazo previsto para el secreto no podrá exceder de un mes, a tenor de lo dispuesto en el art. 302 LECrim. Transcurrido este mes, deberá levantarse y

---

<sup>174</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., pág. 232.

notificar lo actuado a las partes, siempre con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Con la previsión expresa de secreto automático se soslayan tales problemas, pues el secreto acompañará inexorablemente a la resolución de intervención, de tal manera que se decretarían al mismo tiempo ambos autos: el que autoriza la intervención de las comunicaciones orales directas y el que establece el secreto. Lo que se debe hacer es fijar una duración máxima no para el secreto sino para la diligencia. Se tiene que asegurar la eficacia del proceso penal, de modo que el Estado no debe autolimitarse injustificadamente en el cumplimiento de su deber de investigar los delitos y más los delitos de extrema gravedad ante los que nos enfrentamos en este caso<sup>175</sup>.

Por ello, convendría igualmente preverse que el secreto se mantendrá durante todo el tiempo en que se mantenga la intervención. Con esta disposición se zanjarían los problemas derivados de la necesidad en el régimen vigente de acordar por un lado la intervención y por el otro el secreto, cuando es evidente que la diligencia siempre exige el secreto y no tiene sentido sin él.

Ello no afecta al derecho de defensa, ya que éste se podrá ejercitar plenamente cuando se haya levantado el secreto, momento en que la parte afectada tiene la facultad de controlar el contenido de la intervención llevada a cabo durante el tiempo en que se mantuvo el secreto<sup>176</sup>.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el plazo que se fije deberá ser considerado como el límite máximo durante el cual puede mantenerse la intervención de las comunicaciones orales directas. Pero ello no quiere decir que la autoridad judicial deba acordar la medida durante todo ese tiempo, sino que ha de ordenar su ejecución solo por el tiempo estrictamente necesario para la obtención de resultados en la investigación criminal, teniendo en cuenta lo establecido en los arts. 10 y 53.1 CE en relación con la eficacia de los derechos fundamentales y el respeto al contenido de los mismos, y de acuerdo con el principio de lesión mínima del art. 552 LECrim. Cumplida la finalidad de la medida o desaparecidos los presupuestos que motivaron su adopción deberá

---

<sup>175</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., págs. 231 a 234.

<sup>176</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., págs. 232 y 233.

acordarse su inmediato levantamiento, aunque no se haya superado el plazo máximo de duración<sup>177</sup>.

### **d.3. Prórrogas**

Otro aspecto que regula el art. 588 bis e es el tema de las prórrogas. Así, éste prevé la posibilidad de prorrogar la medida mediante auto motivado por el juez competente, ya sea de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que se mantengan los presupuestos que dieron lugar a su adopción. La necesidad de establecer un plazo durante el que podrá mantenerse la intervención de las comunicaciones orales directas, no debe impedir al legislador considerar que en determinados supuestos las propias razones de la investigación pueden aconsejar la ampliación de dicho plazo para garantizar el éxito de la misma.

El Proyecto de Ley no señala ningún plazo de duración de la prórroga, a pesar de que resulta necesario, y además se requiere que ese plazo no sea ilimitado ni abusivo en atención a la grave injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que provoca una medida como ésta, de manera que tan solo debe durar el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal<sup>178</sup>. Todo ello conectado también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE que obliga a que la tramitación del mismo no exceda de un “plazo razonable<sup>179</sup>”.

Podríamos aplicar analógicamente el plazo previsto en la regulación de las intervenciones telefónicas, pero bajo nuestro punto de vista este plazo resulta excesivamente largo para la diligencia que nos concierne. De manera que, ateniendo que la regulación general del Proyecto de Ley que establece que la duración de la medida no podrá sobrepasar el tiempo estrictamente necesario para la averiguación de los hechos, y relacionando esto con la vigente regulación del secreto de sumario, entendemos que el

---

<sup>177</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 247.

<sup>178</sup> SSTS 622/1998, de 11 de mayo [RJ 1998\4356], ponente Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, f.j. 2º; 467/1998, de 3 de abril [RJ1998\3282], ponente Don Francisco Soto Nieto, f.j. 2º; y 956/1994, de 9 de mayo [RJ 1994\3627], ponente Don José Antonio Martín Pallín, f.j. 1º.

<sup>179</sup> En contra de nuestra opinión, tenemos la STS 2102/2002, de 13 de diciembre [RJ 2003\1118], ponente Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, f.j. 3º, que declara la posibilidad de que la diligencia de intervención de las comunicaciones tenga una duración indefinida en relación con el grave delito de criminalidad organizada: “no puede ignorarse la complejidad que presenta la investigación de hechos relacionados con la criminalidad organizada, de manera que, en esos casos, bajo la permanente vigilancia y control del Juez, la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones puede mantenerse durante el tiempo necesario, al constituir un medio necesario y especialmente útil para la investigación y descubrimiento de los delitos y sus autores”.

plazo idóneo que debería regular una nueva normativa de la intervención de las comunicaciones orales directas sería de 1 mes, permitiendo en casos excepcionales prórrogas sucesivas de igual duración. En todo caso, estas prórrogas deberán estar motivadas para evitar arbitrariedades y discriminaciones.

La ampliación del plazo debería abordarse atendiendo fundamentalmente a dos consideraciones: la necesidad de que el juez no se exceda en la concesión de dichas prórrogas, y la exigencia de que la autoridad judicial efectúe una nueva valoración de los presupuestos y circunstancias que motivaron su adopción.

Finalmente, el art. 588 bis e nos dice que transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada la misma, cesará a todos los efectos.

Por otro lado, tenemos el art. 588 bis f que regula el tema de la solicitud de prórroga. Éste establece que la solicitud de prórroga habrá de ser instada por el Ministerio Fiscal o por la Policía Judicial y con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido, debiendo el Juez resolver la petición mediante auto motivado y en el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud, prórroga que de concederse, se computará desde la fecha de expiración del plazo de la medida inicialmente acordada.

La solicitud deberá incluir, tal y como prevé el artículo, un informe detallado del resultado de la medida y las razones que justifiquen la continuación de la misma. El juez, antes de dictar resolución, podrá solicitar aclaraciones o mayor información.

#### **d.4. Cese de la medida**

El art. 58 bis j dispone que el juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados previstos y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

El primero y el tercer supuesto de cese se corresponden con los que se preveían en el art. 305.1 borrador de Código Procesal Penal, y junto con el segundo, los estimamos correctos, desde la perspectiva de la provisionalidad y proporcionalidad que debe inspirar la regulación de las diligencias de investigación que afecten a derechos fundamentales.

El PLO contiene el art. 588 quater e que está dedicado especialmente al cese de la diligencia de intervención de comunicaciones orales. Conforme al artículo en cuestión, una vez finalizada la medida, para poder grabar conversaciones que se desarrollen en otros encuentros o captar dichas imágenes se requiere una nueva autorización judicial.

***e) Control de la medida***

El art. 588 bis g, referente al control de la medida, dispone la obligación de la Policía Judicial de informar al Juez de Instrucción, en la forma y periodicidad que éste determine, sobre el desarrollo y los resultados de la medida y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

El control judicial de la ejecución de la medida de intervención de las comunicaciones se integra en el contenido esencial del derecho al secreto de las mismas<sup>180</sup>. El control judicial, teniendo en cuenta que el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar, ha de garantizar sus futuros derechos, por lo que debe ser riguroso. La actuación del juzgador no puede limitarse a ordenar la diligencia, delegando en la Policía las decisiones subsiguientes, ya que si así fuera, se desembocaría en una situación de desprotección total del sujeto sometido a escuchas.

Respecto al tema de la periodicidad con que se ha de realizar este control jurisdiccional, el artículo indica que será el que determine el juez de instrucción.

En nuestra opinión, entendemos que no estaría de más, dada la gravedad de la restricción de los derechos fundamentales afectados, que dicho control fuera diario, pero dado que el juez debe invertir un tiempo excesivo en esta labor, quizás sería más aconsejable establecer un plazo más dilatado, por ejemplo de setenta y dos horas o, atendiendo al volumen de trabajo de cada juzgado, un control semanal.

Por otra parte, disponemos del artículo 588 quater d en relación con el control de la medida de intervención de las comunicaciones orales directas, el cual señala que la Policía Judicial encargada de la práctica de la medida deberá entregar en el juzgado o

---

<sup>180</sup> SSTC 9/2011, de 28 de febrero, ponente Don Javier Delgado Barrio, f.j. 3º y 165/2005, de 20 de junio, ponente Don Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 8º.

tribunal el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, junto con una transcripción de las conversaciones.

Es necesario precisar, como hace la jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto, que son las grabaciones originales las que deban ponerse a disposición del juez, puesto que los funcionarios no están autorizados a realizar copias<sup>181</sup>.

Consideramos que, a pesar de no estar expresamente previsto en el Proyecto de Ley, la entrega de las copias seleccionadas de las grabaciones no puede justificarse de ninguna forma, ni siquiera bajo el pretexto de evitar al juez la pesada tarea de escuchar todas las conversaciones que se han grabado. Esta labor de decidir lo que resulta interesante para la investigación y lo que no, debe realizarla el juez bajo la fe pública del Secretario judicial, separando las conversaciones necesarias para la investigación y evitando el conocimiento por terceros de aquellas que resultan ajenas<sup>182</sup>.

Asimismo, entendemos que la Policía Judicial deberá poner todo el material obtenido a disposición del juzgado o tribunal y guardará la debida reserva sobre su contenido, incurriendo en caso contrario en la responsabilidad prevista en el Código Penal<sup>183</sup>.

Respecto a las transcripciones de las conversaciones, éstas “proporcionan de un lado, que las partes puedan disponer del material incriminatorio y, del otro, facilitan su lectura en el acto del juicio oral, sin perjuicio de que en ese momento se requiera oír las conversaciones”<sup>184</sup>. Opinamos, por tanto, que la transcripción del contenido de los soportes originales o, al menos el contenido seleccionado por el Juez de Instrucción como relevante para la causa, permite la agilización de los procedimientos judiciales.

---

<sup>181</sup> Véase entre otras las SSTs 1075/1998, de 23 de septiembre [RJ 1998\7365], ponente Don José Augusto de Vega Ruíz, f.j. 3º; 472/1998, de 4 de abril [RJ 1998\3286], ponente Don Joaquín Martín Canivell, f.j. 1º; y 197/1998, de 14 de febrero [RJ 1998\1174], ponente Don José Jiménez Villarejo, f.j. 2º

<sup>182</sup> En esta línea, destacamos la STC 205/2002, de 11 de noviembre, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 6º, la cual establece que: “la determinación de lo que es útil al proceso ha de hacerse por el Juez”.

<sup>183</sup> En este sentido, véanse los arts. 417 y 442 CP. El primero de ellos determina que la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. El segundo prevé que la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. Se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”.

<sup>184</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., pág. 287.

Finalmente, este artículo no determina que la transcripción por parte de la Policía Judicial debe realizarse bajo la supervisión del Secretario judicial, debido a su condición de fedatario público judicial, ya que solo cumpliendo este requisito se podría certificar su autenticidad<sup>185</sup>. Por ello, convendría incluir este inciso en la reforma.

***f) Afectación de terceras personas***

El art. 588 bis h permite que estas medidas de investigación se acuerden a pesar de que puedan afectar a terceras personas ajenas totalmente a la causa penal, en los casos y bajo las condiciones que se regulan en las disposiciones específicas de cada una de ellas.

Entendemos que la redacción de este precepto por parte del legislador es correcta, pues de lo contrario, no se podría efectuar prácticamente ninguna intervención de las comunicaciones orales directas, ya que en la mayoría de ellas intervienen inevitablemente personas ajenas a los hechos delictivos objeto de investigación.

***g) Utilización de la información en otro procedimiento distinto y descubrimientos casuales***

El art. 588 bis i nos remite a lo dispuesto en el artículo 579 bis, titulado “*Uso de informaciones obtenidas en un procedimiento y descubrimientos casuales*”, y situado en el Capítulo III del Título VIII, destinado a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica.

Nos encontramos ante una controvertida realidad, hasta la fecha de configuración y solución jurisprudencial debido a su ausencia de regulación, que viene a disponer lo siguiente: el resultado de la medida podrá utilizarse como medio de investigación o prueba en otro proceso penal. El apartado segundo nos dice que se procederá, a tal fin, a la deducción de testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia. Se incluirán entre los antecedentes indispensables, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

Finalmente, el tercer apartado establece que la continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere de una nueva autorización judicial. Asimismo, se informará si las diligencias continúan secretas, para que tal

---

<sup>185</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., pág. 287.

declaración se respete en el otro proceso penal, comunicando el momento en que dicho secreto se alce.

La referida regulación pone fin al régimen jurídico de configuración eminentemente jurisprudencial<sup>186</sup> que se basaba sobre todo en la conexidad o no entre los delitos objeto de la investigación donde es advertido el nuevo hallazgo y aquél en el que resulta subsumible dicho material probatorio. Siendo así, que en la nueva regulación ya no resulta exigible la conexidad delictiva para dotar de efectos probatorios al hallazgo casual<sup>187</sup>.

Pero cabe tener en cuenta que esto puede plantear un problema: dado que la validez probatoria del hallazgo casual o descubrimiento ocasional respecto a hechos ajenos a los investigados prescinde del presupuesto de la conexidad delictiva, legitimando así la adopción de dicha medida para la investigación de un número considerable de delitos tipificados en la ley penal, mal concilia esta realidad con la prohibición de las investigaciones prospectivas<sup>188</sup>.

#### ***h) Destrucción de los registros***

Se completa la regulación con un precepto destinado a fijar los términos del borrado y eliminación de las grabaciones originales, una vez se ponga fin al procedimiento de manera firme. Así, el art. 588 bis k pretende evitar la difusión de un material que, por su propio contenido, podría dañar de forma irreparable la intimidad del afectado.

De nuevo se aborda un tema que carecía de tratamiento legislativo y precisaba regulación. Se regula así la destrucción de los registros, que tendrá lugar una vez que se ponga término al procedimiento judicial mediante resolución firme, a salvo de la copia conservada bajo custodia del secretario judicial, cuya destrucción se acordará una vez transcurridos cinco años desde que la pena se haya ejecutado o el delito o la pena hayan prescrito. La Policía Judicial llevará a cabo la destrucción acorde a las órdenes emitidas por los tribunales.

---

<sup>186</sup> Régimen jurídico constituido a raíz de la STS 25/2008, de 29 de enero [RJ 2008\2693], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, seguida por otras muchas.

<sup>187</sup> García, Jerónimo. Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. *Revista La Ley*, 2015, nº 8468, pág. 8.

<sup>188</sup> García, Jerónimo. Consideraciones en torno al Anteproyecto..., ob. cit., pág. 8.

La previsión es acorde con la jurisprudencia del TS en relación con las intervenciones telefónicas, ya que la STS 565/2011, de 6 de junio, señala que: “los Tribunales en las causas en las que se haya procedido a la realización de intervenciones telefónicas, deberán acordar de oficio en sus sentencias la destrucción de las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL y de todas las copias, conservando solamente de forma segura las entregadas a la autoridad judicial, y verificando en ejecución de sentencia, una vez firme, que tal destrucción se ha producido”<sup>189</sup>.

Conviene precisar que ninguna referencia se advierte en el precepto respecto al destino de dichas copias bajo custodia del secretario judicial ante la concurrencia de otros supuestos de extinción de la responsabilidad criminal, tales como la remisión definitiva de la pena, en los que la misma no resulta ejecutada sino suspendida su ejecución, en los casos de concesión de indulto particular o muerte del reo, así como ninguna referencia a supuestos de imposición de medidas de seguridad en defecto de pena<sup>190</sup>.

Por otra parte, las grabaciones deben remitirse al órgano de enjuiciamiento, por lo que parece más adecuado prever que tales copias se conserven por el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, que son los órganos competentes para tramitar la ejecutoria y que por tanto, serán quienes normalmente custodien tales grabaciones. Por ello, sería más conveniente que el artículo en cuestión precisara que es concretamente el secretario judicial del órgano de enjuiciamiento quien deberá conservar la copia bajo custodia.

Finalmente, destacar también que en el Proyecto de Ley no se especifica qué hacer con el material grabado en caso de que se ponga fin al proceso mediante sobreseimiento. Si se trata de un auto de sobreseimiento libre, dado que genera los mismos efectos que una sentencia absolutoria, se procederá a la destrucción de las grabaciones, mientras que si se pone fin al proceso a través de un auto de sobreseimiento provisional, el material se conservará durante un periodo de tiempo que nunca podrá exceder al plazo de prescripción del delito que se trate<sup>191</sup>. Si, en cambio, aplicamos analógicamente la regulación de las piezas de convicción<sup>192</sup>, “tanto si estamos ante un sobreseimiento libre como provisional, debe procederse a la devolución de las grabaciones (entendidas, en

---

<sup>189</sup> STS 565/2011, de 6 de junio [RJ 2011\4544], ponente Don Alberto Jorge Barreiro, f.j. 3º.

<sup>190</sup> García, Jerónimo. Consideraciones en torno al Anteproyecto..., ob. cit., pág. 8.

<sup>191</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...* págs. 295 y 296.

<sup>192</sup> Según Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 319, “las cintas magnetofónicas en las que se han grabado las conversaciones tienen el carácter de piezas de convicción”.

este caso, como piezas de convicción) a su titular de acuerdo con lo previsto en el art. 635 LECrim<sup>193</sup>.

#### *i) Grabación de las comunicaciones orales directas*

El artículo 588 quater a, convenientemente redactado, establece que se podrá autorizar la colocación y utilización de dispositivos electrónicos mediante los que se capte y grabe las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, ya sea en la vía pública como en cualquier otro espacio abierto, en su domicilio o en cualquier otro lugar cerrado.

Los dispositivos técnicos que permitan tal intervención de las comunicaciones se podrán colocar tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. En caso de que fuera necesaria la entrada en el domicilio o en algún espacio destinado al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante deberá motivar también la procedencia del acceso a dichos lugares.

Finalmente, este artículo también permite que la escucha y grabación de las conversaciones privadas se pueda complementar con la obtención de imágenes, cuando expresamente lo autorice la resolución judicial correspondiente.

#### *j) Presupuestos*

Esta medida limitativa de los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y, en su caso, a la inviolabilidad del domicilio, exige para su adopción que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal y delitos de terrorismo. Además, también se exige que pueda preverse de manera racional que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación del autor.

Esta medida, en base al art. 588 quater b que estamos analizando, tiene que estar vinculada a comunicaciones que puedan producirse en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y que sean previsibles mediante indicios manifestados por la investigación.

---

<sup>193</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...* pág. 296.

Desde nuestro punto de vista, la presente diligencia, de nueva configuración en la reforma de la que venimos hablando, constituye muy probablemente la más limitativa y gravosa diligencia de investigación susceptible de practicarse en el marco del proceso penal, debido a la cualitativa y cuantitativa afectación de derechos fundamentales que conlleva su realización. De manera que difícilmente puede entenderse que los presupuestos previstos para justificar su recurso garanticen la excepcionalidad y proporcionalidad de la medida.

El sistema constitucional, asentado sobre el equilibrio de libertades y derechos fundamentales, exige limitar la interceptación de las comunicaciones orales directas a los delitos de mayor entidad. El requisito de la proporcionalidad es exigido con rigor en la jurisprudencia del TEDH<sup>194</sup>. También podemos atender a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en el auto de 18 de junio de 1992 cuando afirma que “solo cabe la intervención para descubrir delitos graves, no en general, sino en función de las circunstancias concretas concurrentes, es decir, excluyéndose los delitos que no lo son y, obviamente, las faltas”<sup>195</sup>.

Poco habría que decir si la literalidad de este artículo realmente se ciñera a delitos de especial gravedad, pero no es el caso. Así lo demuestra el primer presupuesto que permite dicha intervención en los delitos castigados con pena máxima de, al menos, tres años de prisión, de modo que no permite reservar exclusivamente una medida tan gravosa como ésta a los delitos más graves de la ley penal. Se está abriendo así la posibilidad, hasta la fecha prácticamente remota, de utilizar dicha diligencia para la investigación de delitos tales como el delito de robo con fuerza, el tipo básico del delito de lesiones o el delito de alzamiento de bienes, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos urbanísticos, entre otros muchos. Es decir, mediante esta reforma de la ley, el juez podrá ordenar grabar conversaciones en el domicilio particular, o en espacios públicos, de todo aquél sobre el que existan indicios de haber cometido cualquier delito que pudiera acarrear una condena mínima de 3 años.

Una medida de investigación judicial que afecta tan directa y gravemente a la intimidad de las personas solo puede encontrar su justificación, en el ámbito del proceso penal,

---

<sup>194</sup> Véanse SSTEDH de 19 de abril de 2001, *Peers contra Grecia*; 24 de julio de 2001, *Valainas contra Lituania*; 11 de diciembre de 2003, *Basani contra Italia*; 24 de febrero de 2005, *Jaskaukas contra Lituania*.

<sup>195</sup> ATS de 18 de junio de 1992 [RJ 1992\6102], ponente Don Enrique Ruíz Vadillo, f.j. 5º.

cuando lo que se persiga sea un delito grave, entendiendo que no solo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena, sino también su trascendencia y repercusión social. Esta necesidad se hace más patente cuando las escuchas se producen en el interior del domicilio, que constituyen sin duda una de las injerencias de mayor alcance y grado de afectación del derecho a la intimidad de las que el Estado puede ordenar.

Entendemos, por tanto, que el alto grado de discrecionalidad que incorpora la reforma supondrá la ampliación de las conductas que permitirían intromisiones graves en la intimidad. Para evitar estos perjuicios, proponemos limitar esta medida de investigación a los delitos castigados con pena con límite máximo de, al menos, cinco años de prisión.

## **B) Propuestas de mejora**

Pese al esfuerzo del legislador de introducir la diligencia de intervención de las comunicaciones orales directas, el PLO deja de regular algunos aspectos que entendemos que son imprescindibles en una futura norma sobre la materia.

En relación con ello, consideramos que deberían incluirse 3 nuevos preceptos: en primer lugar, un artículo referente al acceso de las partes a las grabaciones; en segundo lugar, un apartado relacionado con el secreto profesional; y, por último, una regulación del agente encubierto.

A continuación pasamos a analizar cada uno de los extremos enumerados.

### ***a) Acceso de las partes a las grabaciones***

Podríamos aplicar de manera análoga la regulación a tal efecto prevista para las intervenciones telefónicas en el art. 588 ter i, el cual establece por una parte que, una vez alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes una copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si en la grabación hubiera datos referidos a aspectos de la vida íntima de las personas, solo se entregará la grabación y transcripción de aquellas partes que no se refieran a ellos. En tal caso, si no se incluye la totalidad de la grabación en la transcripción entregada se hará constar de modo expreso.

Tras esto, una vez examinadas las grabaciones y en el plazo fijado por el juez, en atención al volumen de la información contenida en los soportes, cualquiera de las partes podrá solicitar la inclusión en las copias de aquellas comunicaciones que entienda relevantes y hayan sido excluidas. El juez de instrucción, oídas o examinadas por sí esas comunicaciones, decidirá sobre su exclusión o incorporación a la causa.

Finalmente, en relación con los terceros afectados intervinientes en las comunicaciones interceptadas, el juez de instrucción les notificará el hecho de la práctica de la injerencia y se les informará de las concretas comunicaciones en las que hayan participado que resulten afectadas, salvo que sea imposible, exija un esfuerzo desproporcionado o se puedan perjudicar futuras investigaciones. Si la persona notificada lo solicita se le entregará copia de la grabación o transcripción de tales comunicaciones, en la medida que esto no afecte al derecho a la intimidad de otras personas o resulte contrario a los fines del proceso en cuyo marco se hubiere adoptado la medida de injerencia.

Aun así, este artículo también presenta sus inconvenientes, ya que no se concretan los supuestos de imposibilidad o de exigencia de esfuerzo desproporcionado que, como dispone el apartado tercero, permiten excepcionar el deber de notificación a las personas intervinientes en las comunicaciones interceptadas. Por lo tanto, al ser estos supuestos muy difíciles de determinar, esto conlleva que en la práctica los jueces puedan ampararse en este artículo para ahorrarse el cumplimiento de tales deberes, excusándose en la supuesta concurrencia de dificultades que impidan efectuar tales notificaciones<sup>196</sup>.

#### ***b) Secreto profesional***

Especial mención merece la salvaguarda del secreto profesional en la intervención de las comunicaciones. Convendría volver a introducir en esta reforma el mismo artículo-588 ter d -que regula el secreto profesional en el anterior Anteproyecto de Ley Orgánica<sup>197</sup>, ya que consideramos que es un precepto imprescindible que no debería haber sido excluido. Este precepto establecía que en ningún caso la intervención de las

---

<sup>196</sup> García, Jerónimo. Consideraciones en torno al Anteproyecto..., ob. cit., pág. 7.

<sup>197</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, aprobado por el Consejo de Ministros el día 5 de diciembre de 2014.

comunicaciones orales directas podrá incluir las que mantenga la persona investigada, detenida o en prisión con quienes estén legalmente obligados a mantener el secreto profesional, salvo que éstos se hallen también encausados por los hechos investigados en la causa o por hechos conexos y exista autorización judicial.

Si accidentalmente en la práctica de dicha medida se obtuviera información protegida por el secreto profesional será excluida de la causa y carecerá de efectos.

***c) Investigación mediante agente encubierto***

Tal y como sucede con el artículo anterior destinado al secreto profesional, conviene también recuperar el precepto relativo a la investigación mediante agente encubierto, contemplado por el Anteproyecto de Ley Orgánica de 2014, el cual contenía que en el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el Juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el sujeto pasivo, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio. También se hacía una mención específica al agente encubierto informático, el cual podrá intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos, siendo posible en tal caso el análisis de los algoritmos asociados a dichos archivos ilícitos.

Consideramos que el agente encubierto adquiere una importancia relevante en relación con la persecución de determinadas modalidades delictivas. La reforma debería actualizar el uso de esta medida de investigación tecnológica por el agente encubierto en las tareas que tiene encomendadas. En este caso, la necesidad de autorización judicial garantiza el pleno respeto del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de las personas afectadas.

Finalmente, debemos precisar que el desarrollo de la tecnología conlleva que la vigilancia auditiva a través de aparatos técnicos no constituya en la sociedad actual problema alguno, hasta el punto de que una supuesta descripción legal de aquellos artificios que puedan considerarse idóneos para la realización de este tipo de actividades resultaría en la actualidad inútil, puesto que los continuos y sorprendentes avances que se están produciendo en este campo provocarían que cualquier previsión normativa quedase anticuada en un breve periodo de tiempo.

### CAPÍTULO III. VALIDEZ PROBATORIA DE LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES ORALES DIRECTAS

El tema de la prueba se configura como uno de los más importantes de la ciencia del Derecho y en especial del Derecho Procesal puesto que “no solo constituye la esencia del proceso, y como se ha dicho gráficamente su justificación como tal, sino que además abarca con mayor o menor influencia todo el ámbito del proceso”<sup>198</sup>. Debe tenerse en cuenta que el sentido de la sentencia depende directamente de que se cumplan los presupuestos fácticos previstos en las normas jurídicas aplicables, siendo a través de la prueba como ha de demostrarse la concurrencia de tales previsiones legales<sup>199</sup>.

La prueba consiste en una actividad a realizar por un sujeto y dirigida a otro<sup>200</sup>. Para GIMENO SENDRA por actos de prueba “cabe entender la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del juez o tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar la espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba”<sup>201</sup>.

Paralelamente, debemos señalar que constituye uno de los principios básicos del Estado de Derecho el respeto a los derechos y libertades fundamentales inherentes a la persona por todos los ciudadanos y los poderes públicos; es por ello que no se admite como excepción ni siquiera una violación de esos derechos fundamentada en la investigación de hechos delictivos<sup>202</sup>. Por lo tanto, el descubrimiento de la verdad como pretensión del proceso penal tiene indudables límites. Dicha verdad se tiene que alcanzar a través de unos procedimientos legalmente establecidos, con el máximo respeto a la dignidad de la persona, a su libertad y a su personalidad. Y si para la obtención de esa verdad hay que

---

<sup>198</sup> Serra, Manuel. “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 1969. Pág. 355. Véase también Picó, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 2ª ed. Barcelona: Bosch Editor, 2012. Págs. 177 y ss. 978-84-7698-944-9.

<sup>199</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 276 y 277.

<sup>200</sup> Serra, Manuel. “Contribución al estudio...”, ob. cit., pág. 356. Señala SERRA DOMÍNGUEZ que, en este sentido y desde un punto de vista social, podría comprenderse esta acción como “una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminada a formar la convicción de una persona”.

<sup>201</sup> Gimeno, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2007. Pág. 627. 97-88-483-422-75-5.

<sup>202</sup> Pastor, Blanca. Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Justicia: revista de derecho procesal*, 1986, nº 2, pág. 345.

La ilicitud de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales es recogida por la LOPJ en su art. 11: “(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”

infringir esos derechos inherentes a la persona, el Derecho prefiere prescindir de la verdad alcanzada a un precio tan alto y, en su lugar, optar por la absolución<sup>203</sup>.

Nos centramos, ahora, en nuestro tema objeto de estudio. Al hablar de los derechos fundamentales afectados por la práctica de una medida de intervención de las comunicaciones orales directas debemos distinguir entre los que se ven comprometidos en el momento de su adopción y práctica (derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y según el caso derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio); y aquellos que se verán afectados en el supuesto de que el juez o Tribunal enjuiciador declare pertinentes los resultados obtenidos con una medida de intervención ilegalmente practicada (derecho a un proceso con todas las garantías, derecho de defensa, derecho a la igualdad, entre otros)<sup>204</sup>.

Así, no podemos afirmar el cumplimiento del precepto constitucional a un proceso con todas las garantías, cuando la sentencia condenatoria se ha fundamentado en los resultados obtenidos con una medida de intervención de las comunicaciones orales directas en la que no se han observado todas las prescripciones legales. De igual forma, tampoco sería un medio adecuado para la defensa si no lo podemos calificar como pertinente porque se ha obtenido con violación de derechos fundamentales del individuo. Por otra parte, el principio de igualdad del art. 14 CE queda claramente afectado cuando una de las partes se coloca en una posición preferente a través de la utilización de pruebas ilegítimas, y finalmente la sentencia condenatoria basada en estas pruebas vulnerará también la presunción de inocencia<sup>205</sup>.

En definitiva, cuando la intervención de comunicaciones orales directas se realice vulnerando derechos o libertades fundamentales, sus resultados, conforme al art. 11 LOPJ, no surtirán efecto en el proceso al carecer de toda eficacia para destruir la presunción de inocencia.

---

<sup>203</sup> Véanse, entre otras, las SSTS 933/199,5 de 29 de septiembre [RJ 1995\7587], ponente Don Francisco Soto Nieto, f.j. 1º; y 2306/1992, de 28 de octubre [RJ 1992\8599], ponente Don José Augusto de Vega Ruiz, f.j. 2º.

<sup>204</sup> La STC 64/1986, de 21 de mayo, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 2º, considera que la tacha de inadmisibilidad que puede oponerse a las pruebas por haberse adquirido con violación de derechos fundamentales, se refiere únicamente al hecho de que la vulneración tenga lugar en el momento de su obtención, “pero no la que se produzca en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él, pues, respecto de estos últimos momentos, los problemas que se pueden plantear se reconducen a la regla de la interdicción de indefensión”. Se limita, por tanto, en este sentido, el término de prueba ilícita a aquellas restricciones que se producen en el momento de la investigación del hecho delictivo.

<sup>205</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 288 y 289.

## 1. Prueba y juicio oral

La actividad probatoria se desarrolla en la fase del juicio oral del proceso penal, siendo este momento el único en el que el Juez puede alcanzar la convicción a la que se refiere el art. 741 LECrim<sup>206</sup>, que le permitirá finalmente absolver o condenar, únicas formas con las que puede terminar el proceso penal<sup>207</sup>.

La importancia del juicio oral en el proceso penal ya fue destacada por la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando que el “juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte [...] en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio”<sup>208</sup>.

En relación con el art. 741 LECrim, el TC en su sentencia 31/1981, de 28 de julio, declaró que “las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la LECrim son «las pruebas practicadas en el juicio», luego el Tribunal penal solo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él («secundum allegata et probata»)»<sup>209</sup>. Conforme a los principios de publicidad, oralidad e inmediación que rigen nuestro proceso penal y que han sido elevados a rango constitucional en el art. 120 CE, el procedimiento probatorio se desarrollará necesariamente en el debate contradictorio que se produce en presencia de los jueces o magistrados en el juicio oral, de tal manera que la convicción judicial

---

<sup>206</sup> “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”.

<sup>207</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 299.

<sup>208</sup> Conforme a lo expuesto, la STS de 1 de octubre de 1986 [RJ 1986\5473], ponente Don Luis Vivas Marzal, f.j. 1º, señala que “La Ley de Enjuiciamiento Criminal concibió al sumario como una fase del proceso penal caracterizada por su naturaleza preparatoria y asegurativa o cautelar -artículo 299 de la misma-, por su brevedad -artículo 324 del referido texto-, y porque, en definitiva, venía a constituir como un modo de bosquejo, esquema o boceto de lo que, más adelante, iba a ser el juicio oral, reservando para este período la capital transcendencia de la sustanciación, precisamente, porque, durante esa fase o etapa plenaria, se exige la más estricta observancia de los principios capitales del proceso acusatorio, esto es, la inmediación, la dualidad de partes, la igualdad entre las mismas -acusadores y acusadas-, la oralidad, la publicidad y la aportación de las pruebas por las dichas partes y no por la iniciativa del Tribunal”.

<sup>209</sup> Ponente Doña Gloria Begué Cantón, f.j. 3º.

sobre los hechos sometidos a juicio se debe a un contacto directo del juez con los elementos probatorios aportados<sup>210</sup>.

Por tanto, salvo los casos de prueba anticipada y preconstituida que pese a estar sometidas a los principios de inmediación y contradicción tienen lugar en la fase de instrucción del proceso, las únicas pruebas que el órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta son aquellas que se han practicado en el juicio oral sometidas igualmente a inmediación, publicidad y contradicción<sup>211</sup>.

## 2. Introducción de las grabaciones en el juicio oral

La intervención de las comunicaciones orales directas puede proporcionar elementos probatorios contenidos en cintas magnetofónicas, CDs o DVDs que deben ser introducidos en el juicio oral a través de uno de los concretos medios de prueba legalmente regulados. La dificultad residirá en la búsqueda del medio probatorio más adecuado para introducir en el juicio oral estos soportes que resultan de la intervención. Pese a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal a diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)<sup>212</sup> -que proporciona un listado de medios probatorios<sup>213</sup>- no recoge ninguna enumeración expresa de los medios de prueba, -lo que puede interpretarse como la existencia de una libertad probatoria-, sí establece una limitación cuando regula la actividad procedimental de cada medio<sup>214</sup>, expresando así de manera indirecta los medios de prueba previstos<sup>215</sup>.

Dado que no existe regulación específica al respecto y tampoco se introduce en el PLO, se plantean dos posibilidades: por un lado, establecer un procedimiento autónomo, que

---

<sup>210</sup> STC 137/1988, de 7 de julio, ponente Don Jesús Leguina Villa, f.j. 2º.

<sup>211</sup> Gimeno, Vicente. *Derecho Procesal Penal...*, ob. cit., pág. 628. La STS 1272/1992, de 2 de junio, [RJ 1992\4764], f.j. 2º, señala a este respecto que “Las pruebas han de ser discutidas, contradictoriamente, por las partes, a las que, en último caso, ha de dárseles tal posibilidad. La contradicción como derecho a refutar las pruebas ajenas y, a la vez, defender las propias, demanda la grandeza de la vista oral, plenario, en la que las diligencias de la instrucción habrán de ser revisadas públicamente para ratificarse o rectificarse, reproducirse en cualquier supuesto, junto con la fórmula excepcional del art. 730 del procedimiento, en la idea de leer, a instancia de las partes, aquéllas de imposible reproducción”.

<sup>212</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000 [BOE-A-2000-323].

<sup>213</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil después de recoger en el apartado primero del art. 299 los medios de prueba señala, en su segundo apartado, que “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”.

<sup>214</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 302.

<sup>215</sup> Véase el Capítulo III “Del modo de practicar las pruebas durante el juicio oral” recogido dentro del Libro III “Del juicio oral” de la Ley procesal penal. Por tanto, se están limitando los medios de prueba a aquellos para los cuales se regula el procedimiento a seguir para su práctica en el juicio oral.

se vendría a sumar a los ya regulados en la LECrim, para introducir en la fase probatoria del juicio oral las grabaciones magnetofónicas, grabaciones audiovisuales y demás soportes técnicos de similares características; o, por el otro, considerar que los medios ya previstos en la norma procesal penal son suficientes para introducir en el plenario este medio de prueba<sup>216</sup>.

Cabe tener en cuenta que nuestra Constitución, en su artículo 24, consagra el derecho de todos los ciudadanos a utilizar los medios de prueba que consideren pertinentes para su defensa, lo cual soluciona en cierta medida la polémica que acabamos de plantear. Así, esta norma, como señala el Tribunal Constitucional, es de directa aplicación y debido a ello no precisa de desarrollo legislativo para su alegación ante los Tribunales de Justicia, dado que implica el reconocimiento de un derecho<sup>217</sup>. Además, los Tribunales de Justicia a la hora de aplicar las normas procesales deberán hacerlo en base a criterios amplios y flexibles facilitando en todo momento, de acuerdo con lo establecido en el art. 24.2 CE, la admisión y práctica de las pruebas. La resolución contraria a la utilización de un elemento de prueba solo se podrá justificar cuando este elemento de prueba implique un abuso, exista ánimo de dilatar el proceso o se prevean grandes dificultades en su práctica, otorgándose siempre prioridad a este derecho fundamental sobre aquél que hace referencia a la mayor rapidez en el trámite<sup>218</sup>.

En relación con el art. 24.2 CE, el Alto Tribunal considera que este derecho fundamental es inseparable del derecho de defensa, “deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación”<sup>219</sup>.

---

<sup>216</sup> Véanse, en este sentido, los arts. 382, 383 y 384 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>217</sup> Como todos los derechos fundamentales recogidos entre los artículos 14 a 29 de la Constitución, esta disposición va a determinar la legitimidad constitucional de las normas que hagan referencia a las instituciones reguladas en el precepto, y en concreto respecto del derecho probatorio señalará “la legitimidad constitucional de los requisitos de tiempo y forma de la proposición de las pruebas o el ámbito objetivo de éstas (todos los medios pensables, etc.)”. Así lo determina la STC 51/1985, de 10 de abril, ponente: Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 9º.

<sup>218</sup> STS de 15 de febrero de 1990 [RJ 1990\1544], ponente Don Joaquín Delgado García, f.j. 2º.

<sup>219</sup> STC 30/1986, de 20 de febrero, ponente Don Antonio Truyol Serra, f.j. 8º. No obstante, ello no implica que pueda exigirse una actividad probatoria ilimitada, ya que, como indica el propio Tribunal, las pruebas que deben practicarse son las que guardan relación con el objeto del litigio correspondiendo únicamente al juzgador realizar esta valoración declarando la pertinencia o impertinencia de los medios propuestos. En este sentido las SSTC 211/1991, de 11 de noviembre, ponente Don Alvaro Rodríguez Bereijo, f.j. 2º; 149/1987, de 30 de septiembre, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 2º y 30/1986, de 20 de febrero, ponente Don Antonio Truyol Serra, f.j. 8º. Lo que debe entenderse por

En definitiva, si se parte de la consideración de que medios de prueba son todos aquellos que pueden servir para producir el convencimiento del juzgador respecto de los hechos a que hacen referencia, no puede entenderse a día de hoy que las pruebas de las que pueden hacerse valer las partes en el juicio se encuentren limitadas a los medios establecidos en el siglo pasado, puesto que no consideramos que la voluntad del legislador fuera cerrar el paso a otros modos o formas que sirvan para generar la certeza judicial<sup>220</sup>.

Respecto a la medida de intervención de las comunicaciones orales directas resulta imprescindible el aseguramiento de las conversaciones intervenidas a través de su grabación en una cinta magnetofónica, CD o DVD para poder así conservarlas. Estos instrumentos son los objetos que han de introducirse en el juicio oral a través de un concreto medio de prueba y sobre ellos recae la carga de probar su autenticidad.

Resultaría conveniente que el legislador de la medida regulara un procedimiento específico para dar cabida en el proceso a estos modernos avances tecnológicos<sup>221</sup>, lo cierto es que esta regulación no existe por lo que resulta indispensable la utilización de uno de los cauces ya previstos<sup>222</sup>. De ellos el más adecuado es a nuestro juicio el dedicado a la prueba documental.

## **2.1. La prueba documental**

### **2.1.1. Concepto de documento**

Antes de entrar a analizar el concepto de documento, debemos apuntar que la prueba documental no presenta una regulación detallada en la LECrim (art. 726)<sup>223</sup>, por lo que, supletoriamente se aplicarán las disposiciones previstas en la LEC (arts. 317 y ss)<sup>224</sup>.

---

pertinencia de las pruebas lo señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 51/1985, de 10 de abril, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 9º, estimando que se trata de la “relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal”.

<sup>220</sup> En este sentido se pronuncia Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 307.

<sup>221</sup> Montón, Alberto. El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas. *Revista de derecho privado*, 1973, nº 11, pág. 1004, para quien debería regularse expresamente la introducción en el proceso de las grabaciones magnetofónicas y otros registros magnéticos de características similares, puesto que de lo contrario se está dejando a la interpretación subjetiva del juez o tribunal la admisión de esta clase de medios en el proceso con la consiguiente puesta en peligro de los principios de igualdad y seguridad jurídica.

<sup>222</sup> Montero, Juan. Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de noviembre de 1981). *Poder Judicial*, 1983, nº 7, pág. 7.

<sup>223</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...*, ob. cit., pág. 308.

El concepto de documento varía según sea entendido desde el punto de vista estructural o funcional. Los partidarios de la tendencia estructural toman como referencia principalmente la LEC y el Código Civil que a lo largo de los numerosos preceptos que hacen mención a los documentos aluden siempre a su carácter escrito<sup>225</sup>.

Sin embargo, en la sociedad actual no puede mantenerse esta visión tan restrictiva de lo que debe entenderse por documento, de modo que debemos acudir al concepto de documento desde un aspecto funcional. Desde esta perspectiva, el documento, según MONTÓN REDONDO, ha de ser considerado como un objeto simplemente representativo cuya finalidad principal es la de dar a conocer los datos que en él se contienen. Este autor considera el documento como “aquel medio de prueba consistente en un objeto material de naturaleza mueble sobre el que se reproduce bien una manifestación de voluntad, bien una opinión o un sentimiento, bien a otros objetos o al hombre mismo, que permite su aportación física ante los jueces y Tribunales, y que es capaz de representar por sí mismo los datos que en él se contengan [...] lo que conceptúa al documento como tal, es el ser capaz de dar a conocer su contenido con independencia de la forma en que se haya plasmado sobre el mismo; de esta manera, dentro de este concepto se incluyen tanto a los documentos cuyo contenido se haga constar por escrito, como aquellos que se hayan formado de manera distinta”<sup>226</sup>.

Por lo tanto, partiendo de la representación de una idea o pensamiento como característica principal que define al documento, no podemos considerar la forma escrita como la única factible para reflejar aquello que queremos que tenga trascendencia. En la actualidad las comunicaciones entre los individuos y la representación de ideas no se producen exclusivamente a través del lenguaje escrito sino que, en la sociedad moderna, la imagen y el sonido son los elementos más utilizados. Así pues, este hecho nos obliga a entender incluida en la prueba documental todas las reproducciones de la imagen, palabras o sonido que se consideren adecuadas, defendiendo una concepción amplia de lo que debe entenderse por documento a efectos procesales.

---

<sup>224</sup> La LEC se aplica de manera supletoria en aquello que la LECRim no regule, conforme al art. 4 LEC.

<sup>225</sup> Montón, Alberto. El valor probatorio..., ob. cit., pág. 1002.

<sup>226</sup> Montón, Alberto. El valor probatorio..., ob. cit., págs. 1003 y 1004. Véanse, también, Abel, Xavier ; Picó, Joan. *La prueba documental*. 1ª ed. Barcelona: Bosch Editor, 2010. Págs. 31 y ss. 978-84-7698-894-7 y Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas*...ob. cit., pág. 303.

Por su parte, GIMENO SENDRA en *Derecho Procesal Penal*..., ob. cit., pág. 453, también destaca como nota esencial del documento la representación de una idea o concepto, señalando que ésta puede realizarse a través de la escritura o de cualquier otro medio de reproducción mecánica.

Refiriéndonos concretamente a las grabaciones magnetofónicas, su consideración como prueba documental se encuentra plenamente avalada por la jurisprudencia del TC y del TS. Para el primero “no cabe duda alguna de que las cintas magnetofónicas constituyen medios de prueba documental”<sup>227</sup>. Por su parte, el TS defiende la consideración de las cintas magnetofónicas como documento: primero, por tratarse de instrumentos muebles; y segundo, por reproducir algo. Además estima también que las innovaciones tecnológicas deben incorporarse al acervo jurídico procesal como expresiones de una realidad social que el derecho no puede desconocer<sup>228</sup>.

### **2.1.2. El documento como prueba**

Considerando el documento como objeto de prueba, se presentan dificultades a la hora de demostrar la autenticidad de las cintas magnetofónicas, CDs o DVDs, las cuales suponen un obstáculo a la hora de considerar estos medios como elementos probatorios capaces de destruir la presunción de inocencia y fundar la convicción del juez<sup>229</sup>.

Sin embargo, como señala el TC “con carácter general, debe reconocerse que toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión del contexto global en el que tuvieron lugar las manifestaciones reproducidas, siendo perfectamente concebible que en ella se imite la voz de una persona al objeto de atribuirle unas declaraciones de las que no fue autor y que, incluso, nunca se produjeron. Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de “pruebas” artificiosamente conseguidas, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de

---

<sup>227</sup> STC 128/1988, de 27 de junio, ponente Don Francisco Tomás y Valiente, f.j. 4º. Véase también la STC 26/2010, de 27 de abril, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 6º.

<sup>228</sup> STS de 5 de febrero de 1988 [RJ 1988\857], ponente Enrique Ruiz Vellido, f.j. 1º, la cual considera que las innovaciones tecnológicas deben subsumirse “en el concepto amplio de documento en cuanto cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado”. En el mismo sentido se pueden consultar las SSTS 506/2013, de 22 de mayo [RJ 2013\8382], ponente Don Joaquín Giménez García, f.j. 8º; 457/2013, de 30 de abril [RJ 2013\7316], ponente Don Antonio del Moral García, f.j. 5º; y 579/1998, de 22 de abril [RJ 1998\3811], ponente Ramón Montero Fernández-Cid, f.j. 5º.

Pese a lo señalado hasta el momento, conviene precisar que en la reforma de la LEC del año 2000 se introdujo como medio de prueba la reproducción de la palabra, sonido e imagen en el art. 299.2. Sin embargo, consideramos que los resultados de una intervención de las comunicaciones orales directas deben ser introducidos a través de la prueba documental, ya que tras examinar la jurisprudencia de nuestros altos tribunales, los soportes donde constan las conversaciones intervenidas quedan incluidos dentro del concepto de documento.

<sup>229</sup> Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., pág. 315.

admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes , y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria”<sup>230</sup>.

Además, estos problemas de falsificación y manipulación se pueden presentar también en los documentos escritos o en imágenes, cuestión que se tiene que resolver a través de los medios que regula la propia ley<sup>231</sup>. Por ello, todo supuesto documental precisa un “plus de credibilidad” que en el documento escrito público viene dado por la autoridad de la fe pública y en el privado se consigue a través del reconocimiento de los intervinientes o por la práctica de una prueba pericial complementaria<sup>232</sup>.

La autenticidad del documento fruto de una medida de intervención de las comunicaciones orales directas podrá ser determinada por la concurrencia de tres factores diferentes: en primer lugar, por el reconocimiento del propio acusado; en segundo lugar, a través de la prueba testifical en la que sus ejecutores -miembros de la policía judicial- declaren ante el juez cómo se han realizado las grabaciones y verifiquen que las voces corresponden con las de aquellas personas a las que parecen pertenecer; y finalmente, será posible también la práctica de una prueba pericial en la que un experto determine la autenticidad de la voz, a través de una diligencia de reconocimiento de voces<sup>233</sup>.

En resumen, si la cinta magnetofónica, CD o DVD se reconoce en el acto del juicio oral no se genera ningún problema en relación con su autenticidad, pero en el caso de que ésta se ponga en duda, estaríamos ante una situación similar a la que se produciría respecto de un documento escrito, es decir, ante la necesidad de practicar una prueba pericial. En todo caso, la dificultad de verificación nunca puede conllevar la inadmisión de este elemento probatorio, sino que se tendrá en cuenta a la hora de determinar la eficacia de esa prueba<sup>234</sup>.

### **2.1.3. Transcripciones como prueba documental**

Es necesario dejar claro que el material probatorio son en realidad, los soportes donde están las grabaciones y no su transcripción, ya que ésta solo tiene como misión permitir

---

<sup>230</sup> STC 190/1992, de 16 de noviembre, [RTC 1992\190], ponente Don Pedro Cruz Villalón, f.j. 3º.

<sup>231</sup> STS de 5 de febrero de 1988 [RJ 1988\857], ponente Enrique Ruiz Vadillo, f.j. 1º.

<sup>232</sup> STS de 17 de abril de 1989 [RJ 1989\3364], ponente Ramón Montero Fernández-Cid, f.j. 3º.

<sup>233</sup> Sobre estos factores se pronuncia Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones...*, ob. cit., págs. 316 y 317.

<sup>234</sup> Montero, Juan. *Las cintas magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 44.

un manejo más fácil del contenido obtenido de la práctica de la diligencia. Lo decisivo, por lo tanto, es que los soportes originales estén a disposición de las partes para que puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición total o parcial.

Las transcripciones, siempre que estén debidamente cotejadas bajo la fe pública del Secretario Judicial, una vez incorporadas al acervo probatorio como prueba documental, pueden ser utilizadas y valoradas como prueba de cargo, siempre que las cintas originales estén a disposición de las partes a los fines antes dichos. Así lo ha entendido el TS en varias de sus resoluciones, como por ejemplo la sentencia 1112/2002, de 17 de junio<sup>235</sup>, que en relación con las comunicaciones intervenidas dice que “su introducción regular en el plenario lo será primordialmente mediante la audición directa del contenido de las cintas por el Tribunal, fuente original de la prueba. Ahora bien, también es admisible mediante la lectura en el juicio de las transcripciones, diligencia sumarial documental, previamente cotejadas por el Secretario con sus originales, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas”.

## **2.2. La prueba testifical**

Además de la prueba documental, los resultados de las conversaciones intervenidas pueden introducirse al proceso a través de la prueba testifical<sup>236</sup>. Esta prueba se llevaría a cabo mediante las declaraciones de los funcionarios policiales que practican la intervención<sup>237</sup>.

Así lo admite el TS en su sentencia 265/2007, de 9 de abril<sup>238</sup>, en la que manifiesta que: “otra vía de introducción de la prueba en el plenario es la testifical prestada en el mismo por los funcionarios que hayan percibido directamente el objeto de la prueba (las conversaciones)”.

---

<sup>235</sup> [RJ 2002\7596], ponente Don Juan Saavedra Ruiz, f.j. 3º.

<sup>236</sup> El Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de febrero de 1993 [RJ 1993\1356], ponente Eduardo Móner Muñoz, f.j. 2º, verifica como auténticas las grabaciones magnetofónicas realizadas “a través de las declaraciones de los funcionarios de Policía que intervinieron en las mismas, así como de la transcripción de las matrices efectuadas bajo la intervención del Secretario judicial, así como por la declaración del funcionario de Policía judicial Fernando S. C., en el acto del juicio oral, que declara la entrega en el Juzgado de Instrucción del original y la copia. La autenticidad del documento puede hacerse por medio de peritos. También podrá acudirse a la prueba testifical por las declaraciones que presten en el juicio las personas que actuaron en el momento en que la grabación se produjo o los propios policías, funcionarios o empleados que practicaron la intervención del teléfono”.

<sup>237</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...* ob. cit., pág. 310 y 311.

<sup>238</sup> [RJ 2007\2258], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 7º.

### 2.3. La prueba pericial de reconocimiento de voces

En determinadas ocasiones puede ocurrir que se cuestione la autenticidad de las voces grabadas en las conversaciones en caso de que se reclame que dicha voz no corresponde con la del acusado. En estos casos, tiene lugar la prueba pericial fonométrica de reconocimiento de voces, de igual forma que en el documento escrito se acude a la pericial caligráfica cuando existen dudas sobre la autenticidad del documento<sup>239</sup>.

Pese a ello, conviene precisar que “la validez de las escuchas [...] no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación”<sup>240</sup>. Esto es así debido a que la coincidencia de las voces se puede apreciar directamente por el Tribunal o también puede ser valorada por los miembros de la policía judicial que han ejecutado la medida<sup>241</sup>.

El afectado puede negarse a someterse a esta prueba en base a su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, lo cual no puede entenderse como una confesión tácita por su parte. Por ello, el Tribunal puede valerse de otras posibilidades probatorias que le demuestren que la voz corresponde con la del acusado<sup>242</sup>.

Esta prueba pericial necesariamente se tiene que practicar a instancia de parte, así lo manifiesta la STS 940/2011, de 27 de septiembre<sup>243</sup>, según la cual es la parte que dispone del material de las grabaciones quien debe solicitar dicha prueba en el momento procesal oportuno, de modo que si no lo hace, reconoce implícitamente su autenticidad.

---

<sup>239</sup> En este mismo sentido se expresa Montero, Juan. *Las cintas magnetofónicas...*, ob. cit., pág. 44, para quien “el cotejo de letras, al que se refiere la LEC (arts. 606 a 609), para establecer la autenticidad de un documento escrito no es más que una modalidad de prueba pericial, la caligrafía, y por ello es por lo que el art. 606, II, puede remitirse a la prueba pericial en su conjunto. En consecuencia, para establecer la autenticidad de una cinta magnetofónica puede acudir a otra modalidad de la prueba pericial, la fonométrica, para lo que cabe remitirse también, en general, a los arts. 610 y ss. de la propia LEC. La única diferencia radicarán en la especialidad científica de los peritos”.

<sup>240</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...* ob. cit., pág. 312.

<sup>241</sup> SSTS 751/2012 de 28 de septiembre [RJ 2012\10547], ponente Don Manuel Marchena Gómez, f.j. 7º y 940/2011 de 27 de septiembre [RJ 2012\9830], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 10º.

<sup>242</sup> Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas...* ob. cit., págs. 313 y 314.

<sup>243</sup> [RJ 2012\9830], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 10º.

## CONCLUSIONES

Tras la realización del presente trabajo hemos podido llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La diligencia de intervención de las comunicaciones orales directas entre dos o más personas a través de micrófonos ocultos no ha sido expresamente prevista por la LECrim, debido a que esta Ley, dada su antigüedad, fue redactada para tiempos bien distintos en los que las nuevas tecnologías presentes en la actualidad resultaban inconcebibles.

Ello ha motivado que un sector doctrinal considere que tal actuación no es admisible como diligencia de investigación ni como prueba. Sin embargo, hemos podido apreciar que la jurisprudencia ha concluido que no solamente cabe intervenir las conversaciones entabladas a través de medios técnicos, sino también colocar aparatos de escucha y grabación de conversaciones directas, pero para ello se debe partir de la necesidad de autorización judicial mediante auto debidamente motivado y ajustado al principio de proporcionalidad.

SEGUNDA. Se considera toda comunicación como secreta, y solo alguna de éstas será íntima en atención al contenido reservado de la conversación. La intervención de las comunicaciones orales directas debe considerarse, como se ha demostrado a lo largo de este trabajo, como una medida que afecta al derecho al secreto de las comunicaciones - art. 18.3 CE-. Junto a éste, en algunas ocasiones, también puede resultar lesionado el derecho a la intimidad previsto en el primer párrafo del citado precepto.

Asimismo, no puede desconocerse que en determinados supuestos esta diligencia restrictiva de derechos fundamentales conllevará, a su vez, la limitación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, esto es, en los casos en que para hacer posible dicha intervención, sea necesario colocar aparatos de escucha, transmisión y grabación del sonido en el interior de una vivienda.

Así, en definitiva, la medida de intervención de comunicaciones orales directas vulnera siempre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones si no existe resolución judicial, pudiendo limitar también los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad en aquellos supuestos en que, respectivamente, la diligencia

se deba ejecutar en el interior del domicilio y cuando la conversación interceptada afecte a la esfera más íntima de la persona.

TERCERA. A día de hoy nos encontramos ante una ausencia de desarrollo legislativo de esta medida. Entendemos que la discutida interpretación que suscita el art. 579.3 LECrim en referencia a si abarca la previsión legal necesaria, es razón suficiente para considerar que no la cumple. De modo que, en nuestra opinión, la intervención de dichas comunicaciones forma parte del objeto protegido por el art.18.3 CE, pero en cambio no queda desarrollada por el art. 579 LECrim. Además, debemos tener en cuenta que están en juego derechos fundamentales, lo que significa que las limitaciones reguladas en las leyes de desarrollo se tienen que interpretar de manera restrictiva y no extensiva, ya que de lo contrario podrían generarse situaciones de arbitrariedad y poner así en peligro los valores protegidos por el Estado de Derecho.

Por más esfuerzo que le hayan dedicado los jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el hecho de dejar en manos de la jurisprudencia lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha generado una pérdida en la calidad democrática de nuestro sistema procesal.

Una solución a este problema nos la otorga el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Este Proyecto añade un nuevo capítulo destinado a la “captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos”, por lo que debemos valorar positivamente que por fin se intente dotar de un marco legal a esta diligencia. Ésta podría introducirse en la fase del juicio oral a través de la prueba documental, puesto que los soportes donde constan las comunicaciones intervenidas tienen cabida dentro del concepto de documento.

Sin embargo, esta propuesta no es del todo acertada, ya que como se ha analizado, llegamos a la conclusión de que presenta algunas carencias importantes que deben ser introducidas mediante nuevos apartados, como por ejemplo la regulación acerca del acceso de las partes a las grabaciones, la protección del secreto profesional y la investigación mediante agente encubierto.

CUARTA. Con todo ello, bajo nuestro punto de vista, en la actualidad no podemos admitir esta medida como diligencia de investigación en un proceso penal por ausencia de regulación. Para poder utilizarla es necesaria una reforma legislativa o una nueva regulación al respecto, ya que de lo contrario esta práctica es inválida e ilegítima por falta de ley. Así lo manifiesta la reciente sentencia del TC 145/2014, de 22 de septiembre, que declara la nulidad de una diligencia de este tipo realizada en una celda de detenidos, por falta de marco legal, dando a entender que tal regulación es imprescindible, inaplazable y urgente. No podemos solventar el problema recurriendo a una integración analógica en relación con otras diligencias, ya que esto traspasaría los límites de lo constitucionalmente aceptable.

El art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma. Pero tal conclusión no impide la necesaria creación de una ley que evite el abuso y la arbitrariedad en cualquiera de las hipótesis. Un régimen legal que el art. 579.2 LECrim únicamente contempla para las conversaciones telefónicas, y que las normas penitenciarias contienen para otros fines y ámbitos. Queda, por tanto, en manos del legislador una precisión normativa que regule dichos supuestos.

QUINTA. Tenemos la confianza de que este PLO entre en vigor próximamente y que al fin exista una normativa legal de carácter procesal que regule los requisitos necesarios y la forma en qué debe adoptarse la intervención de las comunicaciones orales directas. Solo así existirían los presupuestos constitucionales y legales necesarios para poder acordar esta medida de investigación en el seno de un proceso penal.

## BIBLIOGRAFÍA

Aparicio, Miguel Ángel ; Barceló, Mercè. *Manual de Derecho Constitucional*. 1ª ed. Barcelona: Atelier, 2009. 978-84-96758-96-7.

Asencio, José María. *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. 1ª ed. Madrid: Trivium, 1989. 105. 97-88-478-5596-88.

Bacigalupo, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2002. 187. 84-7248-912-4.

Barcelona, Javier. Escuchas telefónicas y acción de policía de seguridad. *Revista de Administración Pública*, 1987, nº 112.

Batlle, Georgina. *El derecho a la intimidad privada y su regulación*. 1ª ed. Valencia: Marfil, 1972. 84-732-8523-9.

Cáceres García, Jesús María ; Renart García, Felipe. La motivación en las decisiones de la administración penitenciaria a la luz de la Ley y del Reglamento Penitenciario: análisis sistemático. *Actualidad Penal*, 2003, nº 26.

Casanova, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. 1ª ed. Bosch Editor, 2014. 978-84-942709-4-9.

Cascajo, José L. ; Gimeno, Vicente. *El recurso de amparo*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 1992. 84-309-1621-0.

Cerezo, José. *Curso de derecho penal español: Parte general*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. 84-309-2354-3.

De la Oliva, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. 8ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. 97-88-4800-4714-2.

De Urbano, Eduardo ; Torres, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal: Estudio Jurisprudencial*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi, 2012. 84-841-0494-X.

De Vega, José Augusto. La escucha telefónica en España. *Revista Jurídica La Ley*, 1984, nº 1.

Díaz, José Antonio. La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1992.

Díez, Luís María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 4ª ed. Navarra: Aranzadi, 2013. 97-884-470-3802-2.

Duque, Juan Carlos. El Derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario, en *Perfiles del derecho constitucional en la vida privada y familiar*. 1ª ed. Madrid: CGPJ, 1996.

Elvira, Ascensión. *Derecho al secreto de las comunicaciones*. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2007. 978-84-96717-51-0.

Espín Templado, Eduardo. Fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991 nº 8.

Fábrega, Cristóbal Francisco. Secreto de las comunicaciones y proceso penal. *La Ley*, 1997, nº4.

Fernández Segado, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, nº 34.

García, Jerónimo. Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas. *Revista La Ley*, 2015, nº 8468.

Generoso, María Flor. *Práctica del recurso de amparo constitucional*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 1998. 848-1553-73-5.

Gimeno, Vicente. Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del TC y del TS. *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación*, 1994, nº 12.

Gimeno, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2007. 97-88-483-422-75-5.

González, Pedro José. *La inviolabilidad del domicilio*, 1ª ed. Madrid: Tecnos, 1992. 97-88-430-9217-99.

Guerrero, María Carmen. *Registro de vehículos y otros espacios no domiciliarios*. 1ª ed. Granada: Grupo Editorial Universitario, 2001. 97-88-484-9110-4-3.

Jiménez Campo, Javier. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, nº 20.

Linde, Enrique. Protección de los Derechos fundamentales y libertades públicas de la Constitución española de 1978. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1981, nº 5.

López-Barja, Jacobo. *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. 1ª ed. Madrid: Akal, 1989. 97-88-476-0045-00.

Martín, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1995. 97-88-4470-0610-6.

Martínez, Jesús. *Límites jurídicos de las grabaciones de la imagen y el sonido*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 2004. 84-9790-028-6.

Martínez, Margarita. *La Suspensión e intervención de las comunicaciones del preso: un análisis constitucional del artículo 51 de la ley orgánica general penitenciaria*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 2000. 84-309-3534-7.

Montero, Juan ; Gómez, Juan Luís ; Montón, Alberto ; Barona, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. 22ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2014. 978-84-9086-094-6.

Montero, Juan. Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 30 de noviembre de 1981). *Poder Judicial*, 1983, nº 7.

Montón, Alberto. Las intervenciones telefónicas constitucionalmente correctas. *Revista Jurídica La Ley*, 1995, nº 3915.

Montón, Alberto. El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas. *Revista de derecho privado*, 1973, nº 11.

Moreno, Ismael. *Las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en Estudios de Derecho penal y criminología. t. II. Madrid: Facultad de Derecho de la UNED, 1989.

Muñoz, Francisco José. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. *Revista Penal*, 2004, nº 14.

Noya, María Lourdes. *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. 84-8442-073-6.

Ordoño, Carmen. *Las grabaciones magnetofónicas de las comunicaciones orales directas en el marco del proceso penal* en “Derechos Humanos, Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García”, Coord. Zugaldía, José Miguel., y Roca, Eduardo. 1ª ed. Granada: Universidad de Granada, 2001. 84-338-2802-9.

Pastor, Blanca. Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Justicia: revista de derecho procesal*, 1986, nº 2.

Paz, José María ; Mendoza, Julio ; Ollé, Manuel ; Rodríguez, Rosa María. *La prueba en el proceso penal. Su práctica ante los tribunales*. Madrid: Colex, 1999. 97-88-478-79488-1.

Perez-Cruz, Agustín Jesús ; Ferreiro, Julio José ; Piñol, José Ramón ; Seoane, José Luís. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Pamplona: Civitas, 2010. 978-84-470-3388-1.

Pérez-Cruz, Agustín- Jesús. Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad privada y el derecho fundamental a la intimidad?. *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 1997, nº 1.

Picó, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 2ª ed. Barcelona: Bosch Editor, 2012. 978-84-7698-944-9.

Racionero, Francisco. *Derecho penitenciario y privación de libertad: una perspectiva jurídica*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 1999. Pág. 187. 84-8155-494-4.

Ràfols, Juan. Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado, en *La prueba en el proceso penal*. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992.

Rodríguez, Blanca. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. 1ª ed. Madrid: McGraw-Hill, 1998. 84-481-1194-X.

Serra, Manuel. “Contribución al estudio de la prueba”, en *Estudios de Derecho Procesal*. 1ª ed. Barcelona: Bosch, 1969.

## WEBGRAFÍA

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Diario oficial Boletín Oficial del Estado*. Recuperado el 9 de febrero de 2015, de <[http://www.boe.es/diario\\_boe/](http://www.boe.es/diario_boe/)>

Aranzadi Bibliotecas. *Jurisprudencia*. Recuperado el 2 de febrero de 2015, de <<http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stnew=true&stid=jurisprudencia>>

Blog de Criminología – Iter Criminis (2014, 2 de noviembre). *La intervención de las comunicaciones en los calabozos policiales*. Recuperado el 19 de marzo de 2015, de <<http://blogs.ucjc.edu/criminologia-iter-criminis/intervencion-comunicaciones-en-calabozos-policiales/>>

El Derecho. Grupo Francis Lefebvre. (2011, 27 de diciembre). *Límites al derecho de defensa: Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente*. Recuperado el 27 de abril de 2015, de <[http://www.elderecho.com/penal/Limites-Intervencion-comunicaciones-abogado-cliente\\_11\\_351805001.html](http://www.elderecho.com/penal/Limites-Intervencion-comunicaciones-abogado-cliente_11_351805001.html)>

Noticias jurídicas (2014, enero). *Intervención de las comunicaciones y escuchas telefónicas*. Recuperado el 21 de marzo de 2015, de <<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/201401-Intervencion-de-las-comunicaciones-y-escuchas-telefonicas-1.html>>

## ANEXO JURISPRUDENCIAL

### I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 145/2014, de 22 de septiembre, ponente Don Fernando Valdés Dal-Ré, antecedente 2º, f.j. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º.
- STC 128/2013, de 3 de junio, ponente Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, f.j. 3º.
- STC 9/2011, de 28 de febrero, ponente Don Javier Delgado Barrio, f.j. 3º.
- STC 25/2011, de 14 de marzo, ponente Doña Elisa Pérez Vera, f.j. 2º.
- STC 26/2010, de 27 de abril, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 6º.
- STC 68/2010, de 18 de octubre, ponente Doña Elisa Pérez Vera, f.j. 2º.
- STC 219/2009, de 21 de diciembre, ponente Doña María Emilia Casas Baamonde, f.j. 4º.
- STC 26/2006, de 30 de enero, ponente Don Guillermo Giménez Sánchez, f.j. 9º.
- STC 165/2005, de 20 de junio, ponente Don Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 8º.
- STC 205/2005, de 18 de julio, ponente Doña Elisa Pérez Vera, f.j. 5º.
- STC 261/2005, de 24 de octubre, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 2º.
- STC 169/2001, de 16 de julio, ponente Don Julio Diego González Campos, f.j. 8º.
- STC 94/2002, de 22 de abril, ponente Don Vicente Conde Martín de Hijas, f.j. 3º.
- STC 192/2002, de 28 de octubre, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 5º.
- STC193/2002, de 28 de octubre, ponente Don Guillermo Jiménez Sánchez, f.j. 3º.
- STC 194/2002, de 28 de octubre, ponente Don Pablo Manuel Cachón Villar, f.j. 6º.
- STC 205/2002, de 11 de noviembre, ponente Don Eugeni Gay Montalvo, f.j. 6º.
- STC 141/1999, de 22 de julio, ponente Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, f.j. 5º.
- STC 81/1998, ponente Don Tomás S. Vives Antón, f.j. 4º.
- STC 58/1998 de 16 de marzo, ponente Don Carles Viver Pi-Sunyer, al afirmar en su f.j. 2º.
- STC 175/1997, de 27 de octubre, ponente Don Fernando García-Mon y González Reguera, f.j. 4º.
- STC 200/1997, de 24 de noviembre, ponente Don Carles Viver Pi-Sunyer, f.j. 4º.
- STC 170/1996, de 29 de octubre, ponente Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, f.j. 5º y 6º.
- STC 207/1996, de 16 de diciembre, ponente Don Vicente Gimeno Sendra, f.j. 3º y 4º.
- STC 183/1994, de 20 de junio, ponente Don Eugenio Díaz Eimil, f.j. 5º.
- STC 190/1992, de 16 de noviembre, [RTC 1992\190], ponente Don Pedro Cruz Villalón, f.j. 3º.
- STC 211/1991, de 11 de noviembre, ponente Don Alvaro Rodríguez Bereijo, f.j. 2º.
- STC 37/1989, de 15 de febrero, ponente Don Francisco Rubio Llorente, f.j. 7º.
- STC 128/1988, de 27 de junio, ponente Don Francisco Tomás y Valiente, f.j. 4º.
- STC 137/1988, de 7 de julio, ponente Don Jesús Leguina Villa, f.j. 2º.
- STC 231/1988, de 2 de diciembre, ponente Don Luis López Guerra, f.j. 3º.
- STC 149/1987, de 30 de septiembre, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 2º.
- STC 30/1986, de 20 de febrero, ponente Don Antonio Truyol Serra, f.j. 8º.
- STC 64/1986, de 21 de mayo, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 2º.
- STC 51/1985, de 10 de abril, ponente: Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 9º.
- STC 22/1984, de 17 de febrero, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 5º.
- STC 22/1984 de 17 de febrero, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 3º.
- STC 114/1984 de 22 de septiembre, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 6º.
- STC 114/1984, de 29 de noviembre, ponente Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, f.j. 7º.
- STC 110/1984, de 26 de noviembre, ponente Don Ángel Latorre Segura, f.j. 3º.
- STC 31/1981, de 28 de julio, ponente Doña Gloria Begué Cantón, f.j. 3º.

## II. TRIBUNAL SUPREMO

STS 457/2013, de 30 de abril [RJ 2013\7316], ponente Don Antonio del Moral García, f.j. 5º.  
STS 431/2013 de 15 de mayo [RJ 2013\7721], ponente Don Luciano Varela Castro, f.j. 1º.  
STS 506/2013, de 22 de mayo [RJ 2013\8382], ponente Don Joaquín Giménez García, f.j. 8º.  
STS 717/2013, de 1 de octubre [RJ 2013\7096], ponente Don Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º.  
STS 751/2012 de 28 de septiembre [RJ 2012\10547], ponente Don Manuel Marchena Gómez, f.j. 7º.  
STS 794/2012 de 11 de octubre [RJ 2012\9858], ponente Don Alberto Jorge Barreiro, f.j. 2º.  
STS 869/2012 [RJ 2013\1447 ], ponente Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 4º.  
STS 565/2011, de 6 de junio [RJ 2011\4544], ponente Don Alberto Jorge Barreiro, f.j. 3º.  
STS 940/2011 de 27 de septiembre [RJ 2012\9830], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 10º.  
STS 1356/2011, de 12 de diciembre [RJ 2012\447], ponente Don Andrés Martínez Arrieta, f.j. 1º.  
STS 513/2010, de 2 de junio [RJ 2010\3489], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 4º.  
STS 25/2008, de 29 de enero [RJ 2008\2693], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.  
STS 265/2007, de 9 de abril [RJ 2007\2258], ponente Don Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre, f.j. 7º.  
STS 841/2005, de 28 de junio [RJ 2005\6772], ponente Don Francisco Monderde Ferrer, f.j. 1º.  
STS 1112/2002, de 17 de junio [RJ 2002\7596], ponente Don Juan Saavedra Ruiz, f.j. 3º.  
STS 2102/2002, de 13 de diciembre [RJ 2003\1118], ponente Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, f.j. 3º.  
STS nº 173/1998, de 10 febrero [RJ 1998\948], ponente Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, f.j. 3º.  
STS 467/1998, de 3 de abril [RJ1998\3282], ponente Don Francisco Soto Nieto, f.j. 2º.  
STS 622/1998, de 11 de mayo [RJ 1998\4356], ponente Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, f.j. 2º.  
STS 197/1998, de 14 de febrero [RJ 1998\1174], ponente Don José Jiménez Villarejo, f.j. 2º.  
STS 472/1998, de 4 de abril [RJ 1998\3286], ponente Don Joaquín Martín Canivell, f.j. 1º.  
STS 515/1998, de 6 de abril [RJ 1998\3151], ponente Don Luís Román Puerta Luis, f.j. 2º.  
STS 579/1998, de 22 de abril [RJ 1998\3811], ponente Ramón Montero Fernández-Cid, f.j. 5º.  
STS 1075/1998, de 23 de septiembre [RJ 1998\7365], ponente Don José Augusto de Vega Ruíz, f.j. 3º.  
STS 538/1997, de 23 de abril [RJ 1997\3259], ponente Don Cándido Conde-Pumpido Tourón, f.j. 7º.  
STS 933/199,5 de 29 de septiembre [RJ 1995\7587], ponente Don Francisco Soto Nieto, f.j. 1º.  
STS de 5 de noviembre de 1996 [RJ 1996/8047], ponente Don Francisco Soto Nieto.  
STS 883/1994, de STS 245/1995, de 6 de marzo [RJ 1995\1808], ponente Don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, f.j. 1º.  
STS, de 6 de abril de 1994 [RJ 1994/2889], ponente Don Enrique Ruiz Vadillo f.j. 4º.  
STS 956/1994, de 9 de mayo [RJ 1994\3627], ponente Don José Antonio Martín Pallín, f.j. 1º.  
STS 11 de mayo [RJ 3687/1994], ponente Don Enrique Bacigalupo Zapater, f.j. 3º.  
STS de 18 de febrero de 1993 [RJ 1993\1356], ponente Eduardo Móner Muñoz, f.j. 2º.  
STS de 6 de mayo de 1993 [RJ 1993\3854 ], ponente Don José Antonio Martín Pallín, f.j. 1º.  
STS 1272/1992, de 2 de junio, [RJ 1992\4764], f.j. 2º.

STS 2306/1992, de 28 de octubre [RJ 1992\8599], ponente Don José Augusto de Vega Ruiz, f.j. 2º.

STS de 21 de febrero de 1991 [RJ 1991\1335], ponente Don José Augusto de Vega Ruíz, f.j. 4º, 5º y 6º.

STS de 15 de febrero de 1990 [RJ 1990\1544], ponente Don Joaquín Delgado García, f.j. 2º.

STS de 17 de abril de 1989 [RJ 1989\3364], ponente Ramón Montero Fernández-Cid, f.j. 3.

STS de 5 de febrero de 1988 [RJ 1988\857], ponente Don Enrique Ruiz Vadillo, f.j. 1º.

STS de 1 de octubre de 1986 [RJ 1986\5473], ponente Don Luis Vivas Marzal, f.j. 1º.