

ROSER CASANOVA MARTÍ

Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili

LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL

PRÓLOGO

JOAN PICÓ I JUNOY
Catedrático de Derecho Procesal URV

2014



ÍNDICE

PRINCIPALES ABREVIATURAS.....	17
PRÓLOGO	19
INTRODUCCIÓN	23

CAPÍTULO I

EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	27
---	-----------

1. INTRODUCCIÓN.....	27
1.1. Aproximación al concepto de derecho fundamental	27
1.2. Contenido esencial de los derechos fundamentales	29
1.3. Límites de los derechos fundamentales.....	31
1.4. Titulares de los derechos fundamentales.....	33
1.5. Garantías constitucionales de los derechos fundamentales.....	35
1.5.1. Garantías legales.....	36
1.5.2. Garantías jurisdiccionales.....	37
1.5.3. Garantías institucionales.....	39
2. DERECHO FUNDAMENTAL AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	40
2.1. Antecedentes y aproximación normativa	40
2.2. El secreto de las comunicaciones como derecho fundamental.....	44
2.2.1. Definición y ubicación del art. 18.3 en el texto constitucional.....	44
2.2.2. Reserva de ley	45

2.2.3. Contenido esencial.....	46
2.2.4. Límites.....	47
2.2.5. Sujetos.....	49
2.3. El derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad.....	50

CAPÍTULO II

LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCE- SO PENAL	57
1. CONCEPTO	57
1.1. Paso previo: alcance de los términos «comunica- ción» y «secreto».....	59
1.2. Concepto de intervención telefónica.....	64
2. ÁMBITO Y ALCANCE DE LAS INTERVENCIONES TE- LEFÓNICAS	69
2.1. Intervenciones susceptibles de vulnerar el art. 18 CE	70
2.1.1. Situaciones que afectan al derecho al secre- to de las comunicaciones	70
2.1.1.1. Acceso a listados de llamadas tele- fónicas.....	70
2.1.1.2. Acceso a mensajes de texto, men- sajería instantánea o correo elec- trónico.....	77
2.1.1.3. Identificación de los códigos IMEI o IMSI de un teléfono móvil	81
2.1.1.4. Hallazgos casuales	87
2.1.1.5. Instalación de aparatos de escucha en un lugar cerrado	96
2.1.2. Situaciones que no afectan al derecho al se- creto de las comunicaciones.....	105
2.1.2.1. Acceso a la agenda de contactos de un teléfono móvil	105
2.1.2.2. Contenido de la comunicación re- velado por alguno de los comuni- cantes	108

2.1.2.3. Escucha directa de una conversación sin la utilización de un artefacto técnico	114
2.1.2.4. Derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros no investigados.....	115
2.1.2.5. Utilización del teléfono por una persona diferente al titular.....	118
2.2. Comunicaciones susceptibles de vulnerar el art. 8 CEDH	123
3. SUJETOS	125
3.1. Titulares del derecho al secreto de las comunicaciones.....	125
3.1.1. Por razón de su personalidad: personas físicas y personas jurídicas.....	125
3.1.1.1. Personas físicas.....	126
a. Aspectos generales	126
b. Menores de edad	127
c. Incapaces	128
3.1.1.2. Personas jurídicas.....	129
3.1.2. Por razón de su localización: internos de un centro penitenciario	132
3.1.2.1. Comunicaciones generales.....	135
3.1.2.2. Comunicaciones específicas con abogados y procuradores.....	139
3.1.2.3. Comunicaciones con autoridades o profesionales.....	146
3.1.2.4. Comunicaciones entre internos	146
3.1.2.5. Consecuencias de vulnerar su derecho al secreto de las comunicaciones.....	148
3.2. Personal encargado de intervenir las comunicaciones telefónicas	149
4. REQUISITOS	153
4.1. Requisitos constitucionales.....	154
4.1.1. Previsión legal: principio de legalidad	157
4.1.1.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	158

a. Necesidad de previsión legislativa: base legal en el derecho interno....	158
b. Calidad de la ley: accesibilidad y previsibilidad.....	161
c. Claridad y precisión de la ley....	163
4.1.1.2. Tribunal Constitucional.....	164
4.1.1.3. Tribunal Supremo.....	167
4.1.2. Jurisdicción y competencia: exclusividad jurisdiccional y procedimiento legalmente establecido.....	168
4.1.3. Resolución judicial.....	175
4.1.3.1. Forma de la resolución judicial....	178
4.1.3.2. Necesidad de motivación.....	180
a. Motivación de la resolución ju- dicial	180
b. Contenido de la motivación.....	185
c. Motivación por remisión.....	188
d. Motivación de las prórrogas.....	195
4.1.4. Estricta observancia al principio de propor- cionalidad y subprincipios que lo integran.	199
4.1.4.1. Principio de proporcionalidad en sentido estricto	199
4.1.4.2. Subprincipios que integran el jui- cio de proporcionalidad.....	204
a. Finalidad constitucionalmente legítima.....	205
b. Existencia de indicios suficien- tes.....	210
c. Principio de especialidad	219
d. Principio de idoneidad.....	224
e. Principio de necesidad.....	226
f. Principio de excepcionalidad	228
4.1.4.3. Especial referencia a la duración limitada de la medida de interven- ción telefónica	229
a. El problema de la duración del secreto de sumario.....	231
b. Las prórrogas	234
c. Cómputo del plazo	239

d. Cese de la medida de intervención telefónica	240
4.1.5. Control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida.....	241
4.1.5.1. Control judicial cuando se ordena la medida.....	244
4.1.5.2. Control judicial durante la ejecución de la medida	245
4.1.5.3. Control judicial a posteriori.....	248
4.1.5.4. Especial referencia a la notificación al Ministerio Fiscal de la adopción de la medida.....	250
4.2. Requisitos de legalidad ordinaria.....	254
4.2.1. Fase de instrucción: procedimiento de intervención telefónica.....	255
4.2.2. Artificio técnico de captura de la escucha telefónica: especial referencia a SITEL.....	256
4.2.2.1. Regulación de SITEL.....	260
4.2.2.2. Funcionamiento del sistema SITEL	263
a. Funcionamiento y sistema de trabajo	263
b. Información aportada por el sistema SITEL.....	265
4.2.2.3. Cumplimiento de las garantías legales y constitucionales por SITEL	266
a. Motivación, proporcionalidad y necesarias cautelas	267
b. Control judicial.....	269
c. Validez como prueba	271
4.2.2.4. La problemática que suscita SITEL.	273
4.2.2.5. Conclusiones.....	276
4.2.3. Incorporación de los resultados de la intervención al proceso	277
4.2.3.1. Entrega de los resultados de la intervención al Juzgado de Instrucción...	280
4.2.3.2. Soporte original.....	282
4.2.3.3. Selección de las conversaciones trascendentes para la causa.....	285
4.2.3.4. Transcripciones.....	287

4.2.3.5. Disponibilidad de las grabaciones por las partes	291
4.2.3.6. Sobrante y destrucción del material grabado	293
4.2.3.7. Utilización de las intervenciones telefónicas en un proceso distinto.	298
4.2.4. Validez probatoria de las intervenciones telefónicas en el juicio oral.....	302
4.2.4.1. Concepto de documento	303
4.2.4.2. Prueba documental.....	306
4.2.4.3. Prueba testifical	310
4.2.4.4. Prueba pericial de reconocimiento de voces.....	311
4.2.4.5. Audición de las conversaciones o lectura de las transcripciones en el juicio oral	315
5. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES	316
5.1. Ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas ilícitas.....	316
5.1.1. La prueba ilícita	316
5.1.1.1. Concepto y regulación.....	316
5.1.1.2. Teoría de los frutos del árbol envenenado y teoría de la conexión de antijuridicidad	319
5.1.1.3. Límites a la teoría de los frutos del árbol envenenado	330
a. Fuente independiente	330
b. Descubrimiento inevitable	334
c. La buena fe	336
5.1.2. Tratamiento procesal de la ilicitud.....	338
5.1.2.1. Fase de instrucción.....	339
5.1.2.2. Fase intermedia	342
5.1.2.3. Juicio oral.....	343
5.1.2.4. Opinión personal	345
5.2. Breve referencia a las consecuencias penales de la infracción	346
5.2.1. Cuando la ilicitud la comete un particular .	346

5.2.2. Cuando la ilicitud la comete un funcionario público	351
CAPÍTULO III	
PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA	355
1. JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA LEGISLATIVA.....	355
2. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ALECRIM DE 2011 Y DEL BCPP DE 2013.....	357
2.1. Introducción	357
2.2. Análisis y comparación de ambos textos de reforma	358
2.2.1. Análisis comparativo común	358
2.2.2. Aspectos relevantes introducidos sólo por alguno de los textos de reforma	364
2.2.2.1. En el ALECRim de 2011.....	364
2.2.2.2. En el BCPP de 2013	364
2.3. Carencias normativas	367
3. PROPUESTA NORMATIVA.....	367
3.1. Introducción	367
3.2. Texto de la propuesta normativa.....	368
3.3. Justificación de la propuesta normativa	373
CONCLUSIONES.....	391
BIBLIOGRAFÍA	397
ANEXOS. RELACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	409
I. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	409
A. CRONOLÓGICA.....	409
B. POR MATERIAS	415
II. TRIBUNAL SUPREMO.....	448
A. CRONOLÓGICA.....	448
B. POR TEMAS.....	467
III. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	544
A. CRONOLÓGICA.....	544
B. POR MATERIAS	546

PRÓLOGO

Debemos reflexionar seriamente sobre la primera conclusión del excelente libro que nos presenta la Dra. Roser Casanova Martí en el que examina, denuncia –e intenta resolver– los graves problemas que plantean –por sus consecuencias prácticas– las intervenciones telefónicas indebidamente adoptadas o incorrectamente practicadas. Dice esta conclusión: «Resulta inadmisibles que después de tres décadas de doctrina jurisprudencial con una interpretación, en muchas ocasiones bien delimitada, de las intervenciones telefónicas, en la práctica judicial sigamos encontrándonos con irregularidades. Más sorprendente es que los tribunales ordinarios no las resuelvan correctamente y obliguen, en última instancia, a intervenir al Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional». Más claro no se puede ser.

Partiendo de esta realidad, pienso que quizás ya va siendo el momento de pasar a exigir responsabilidad directa al causante de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, que bien puede ser la propia policía –como apunta la más reciente doctrina jurisprudencial estadounidense (me remito a la sentencia del Caso Hudson v. Michigan de 2006)– o, incluso, por qué no, el propio juez que ordena o consiente una irregular intervención telefónica. Aunque esto obligaría a reflexiones de más calado que exceden los fines de este prólogo.

Es muy posible que la situación actual se deba a la muy mejorable regulación de las intervenciones telefónicas del art. 579 LECrim. Son muchísimos los problemas y cuestiones que plantea la aplicación práctica de esta norma, y a todos ellos la presente monografía les dedica especial atención. La completa insatisfacción que suscita esta regulación ha

conducido a intervenir incluso a la Fiscalía General del Estado, que con su Circular 1/2013, de 11 de enero, titulada «Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas», pone de manifiesto la necesidad de emitir unas directrices o pautas de actuación unificada para el cuerpo de fiscales.

Pero la autora de este libro no se resiste sólo a efectuar un estudio crítico del art. 579 LECrim sino que –en un intento de aportar nuevas ideas al debate científico– formula su propia propuesta de posible normativa debidamente razonada, no sin antes examinar las ventajas e inconvenientes de los dos textos prelegislativos más próximos que se han publicado sobre la materia (me refiero al «Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal» de 2011 y al «Borrador de Código Procesal Penal» de 2013).

La presente obra se ha estructurado en tres capítulos: en el primero se efectúa una aproximación a la teoría general de los derechos fundamentales para inmediatamente centrarse con el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. En concreto, este derecho permite que una persona pueda comunicarse libremente con cualquier otra a través de un medio de comunicación cerrado, y sin que sea conocido el contenido por terceros ajenos a la misma. Este derecho tiene un carácter formal, ya que cubre todo el proceso de comunicación, independientemente del contenido de las conversaciones, de forma que no importa que el contenido de éstas sea íntimo o no, lo cual lo diferencia del derecho a la intimidad, reconocido en el art. 18.1 CE. Cabe destacar sin embargo que, al igual que todos los derechos fundamentales, no es absoluto, sino que puede verse limitado en virtud de una resolución judicial motivada. Asimismo, disfruta de las garantías reconocidas en el art. 53 CE, entre las cuales destaca la exigencia de habilitación legal para su desarrollo legislativo, el cual debe efectuarse mediante ley orgánica, en virtud del art. 81 CE. Esto lleva al núcleo central de la investigación: el art. 579 LECrim y su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

En el capítulo segundo se examina detenidamente la diligencia de investigación de intervención telefónica, su regulación y la problemática que suscita su práctica judicial. En cuanto al ámbito y alcance de la medida se analizan, de forma separada, diez situaciones concretas para determinar si para realizarlas es necesaria una resolución judicial o si por el contrario pueden llevarse a cabo sin ella y aún así no vulnerarían el derecho reconocido en el art. 18.3 CE. También se examinan aquí las

numerosas cuestiones que se plantean respecto de los sujetos titulares del derecho al secreto de las comunicaciones, así como de los encargados de realizar una intervención telefónica. Seguidamente la obra se centra en las exigencias necesarias para poder practicar una intervención telefónica, distinguiéndose dos grandes grupos de requisitos: por un lado, los constitucionales, que son aquellos que de no cumplirse llevan aparejada la vulneración del art. 18.3 CE; y por el otro, los de la legalidad ordinaria, que afectan o inciden en la incorporación en el proceso de los resultados de la intervención y su validez probatoria. También en este segundo capítulo se analiza toda la problemática probatoria que presentan las intervenciones telefónicas: desde su inicial grabación –con el polémico SITEL– hasta su admisión y práctica en el acto del juicio, y su posterior impugnación. Por último, se examinan las complejas consecuencias prácticas que se derivan de llevar a cabo una ilícita intervención telefónica.

Para finalizar, y ante la imperiosa necesidad de afrontar la redacción de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, el tercer capítulo se dedica al examen crítico de los dos textos de propuesta de reforma normativa más recientes, y a exponer, de manera justificada, una posible regulación de las intervenciones telefónicas, con quince artículos dedicados al desarrollo, concreción, limitación y práctica de las mismas.

En definitiva, le anticipo al lector que se encuentra ante uno de los estudios más documentados publicados sobre las intervenciones telefónicas en España. Y no es de extrañar si se tiene en cuenta que su origen se encuentra en la brillante tesis doctoral –con mención internacional– que tuve la fortuna de dirigir a la profesora Roser Casanova Martí, y que fue defendida en la Universidad Rovira i Virgili ante un tribunal presidido por el profesor Manuel Ortells Ramos y compuesto además por los profesores Michele Taruffo y Manuel Cachón Cadenas, y que mereció la máxima calificación académica de excelente *cum laude* por unanimidad.

Barcelona, 8 de julio de 2014

JOAN PICÓ I JUNOY

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Rovira i Virgili.

INTRODUCCIÓN

La revolución tecnológica de las últimas décadas ha abierto nuevas formas de comunicación como son la telefonía móvil o Internet, inéditos o poco utilizados al tiempo de redactar la Constitución Española de 1978. Estos avances tecnológicos y los nuevos medios de comunicación deben quedar jurídicamente bien delimitados para evitar la vulneración de ciertos derechos fundamentales. En este aspecto de la nueva sociedad de la información es donde cobran relevancia las intervenciones telefónicas. Como actos de investigación que son tienen como objetivo principal la averiguación de delitos. A pesar de ello, debe tenerse claro que la búsqueda de la verdad no puede hacerse a cualquier coste, sino que deben respetarse, en todo momento, los derechos fundamentales reconocidos en la CE. En concreto, las intervenciones telefónicas pueden afectar, básicamente, al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La presente obra tiene por objeto el análisis en profundidad del régimen jurídico de las intervenciones telefónicas como diligencia de investigación penal en la doctrina del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Actualmente, esta medida de investigación se encuentra regulada en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fruto de su reforma por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo. Con ello se pretendió concretar en qué consiste la intervención de las comunicaciones y cuáles son los requisitos necesarios para proceder a su práctica. Sin embargo, con el tiempo se ha evidenciado que esta regulación es insuficiente en muchas ocasiones e incompleta en otras, como tendremos ocasión de analizar.

Esta escasa regulación nos conduce en determinadas ocasiones a un conflicto existente entre la intervención telefónica y el derecho al

secreto de las comunicaciones, por lo que resulta imprescindible lograr el razonable equilibrio entre la práctica de la diligencia dirigida a la investigación de delitos y la protección de los derechos fundamentales que puedan verse afectados con este tipo de medidas.

La finalidad principal de la elaboración de este trabajo responde a un evidente interés práctico, pues en el ámbito del enjuiciamiento criminal la intervención telefónica suele ser habitual, especialmente en la persecución de los delitos graves. Probablemente, por este motivo, las intervenciones telefónicas merecen una especial atención tanto en el anteproyecto de LECrim aprobado por el Consejo de Ministros en 2011 durante el Gobierno socialista; como en el borrador de Código Procesal Penal del actual Gobierno, redactado en 2013. A ello debemos incluir la reciente Circular 1/2013, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado, titulada «Sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas», donde se pone de manifiesto la necesidad de la Fiscalía de emitir unas directrices de actuación unificada del cuerpo de fiscales. Con todo, se demuestra la necesidad de modificar la normativa relativa a la intervención de las comunicaciones y dar respuestas a toda la problemática existente entorno a ella.

A este interés práctico se une otro de carácter dogmático, esto es, acotar con la mayor precisión posible los lindes de los derechos fundamentales susceptibles de ponerse en peligro con las intervenciones telefónicas y, muy especialmente, el derecho al secreto de las comunicaciones. En la primera parte de la obra se analizará el secreto de las comunicaciones como derecho fundamental, para luego hacer un examen crítico de la doctrina jurisprudencial del TS, TC y TEDH en relación con las intervenciones telefónicas. Del análisis jurisprudencial debemos señalar que se ha examinado en profundidad, en primer lugar, la doctrina constitucional en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones; en segundo lugar, la jurisprudencia del TS, que por ser inabarcable, nos hemos centrado sobretodo en las más de doscientas sentencias sobre la materia que ha pronunciado entre enero de 2011 y febrero de 2014, sin perjuicio de todas aquellas anteriores que nos han parecido de especial relevancia, teniendo en cuenta que la solicitud de nulidad de escuchas telefónicas constituye una cuestión habitual en los recursos de casación contra sentencias dictadas por delitos graves, generalmente de tráfico de estupefacientes; y por último, la doctrina del TEDH, centrándonos mayoritariamente en las resoluciones contra España. Toda esta doctrina judicial ha sido sometida a crítica con el estudio de los autores

que han dedicado sus investigaciones a las intervenciones telefónicas en el proceso penal. De esta forma, estaremos en condiciones de ofrecer, de manera justificada, una completa propuesta de regulación alternativa al actual art. 579 LECrim.

Este trabajo se divide en tres capítulos. En el primero introductorio, realizamos una aproximación a la teoría general de los derechos fundamentales, para centrarnos rápidamente en el derecho al secreto de las comunicaciones que se vulnera con una ilícita intervención telefónica.

En el segundo, el más relevante y extenso de los capítulos, lo dedicaremos al estudio de la doctrina del TS, TC y TEDH sobre intervenciones telefónicas. En él se examina la rica problemática que esta materia suscita en nuestros máximos tribunales y las soluciones que han ido arbitrando para resolverla debido, en muchas ocasiones, a la deficiente regulación que ofrece el vigente art. 579 LECrim.

Finalmente, y una vez asimiladas las directrices seguidas por nuestros altos tribunales y la doctrina científica, en el capítulo tercero formulamos una propuesta articulada de reforma normativa con el fin de acabar con la inseguridad jurídica que supone la actual regulación de las intervenciones telefónicas.