

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 1/2013, de 11 de enero, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Referencia: FIS-C-2013-00001

ÍNDICE

I.-Introducción. Ideas generales II.-El derecho al secreto de las comunicaciones III.-La diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas IV.-Marco jurídico general V.-Contenidos protegidos V.-1 Listado de llamadas y otros datos externos V.-2 Revelación por un comunicante V.-3 Significación de la afectación de los derechos del comunicante ajeno a la investigación penal V.-4 Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario V.-5 Acceso a agendas de contactos de teléfonos móviles V.-6 Acceso a mensajes de texto o SMS V.-7 Intervención en relación con terminal telefónico sustraído V.-8 Escucha y grabación directa de conversaciones V.-9 Visionado directo del número entrante. Rellamadas V.-10 Ampliación de las escuchas a otras líneas V.-11 Conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público VI.-Hallazgos casuales VII.-Escuchas mediante el Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones (SITEL) VIII.-Identificación de IMEI e IMSI IX.-Investigación del IP X.-Correo electrónico XI.-Acceso a otros datos de comunicaciones conservados por las operadoras XII.-Otras vías de comunicación a través de Internet XIII.-Presupuestos de la intervención XIII.-1 Cobertura legal XIII.-2 Fin legítimo XIII.-3 Concurrencia de indicios XIII.-3.1 Indicios de la existencia del delito XIII.-3.2 Informaciones anónimas XIII.-3.3 Argumentaciones improcedentes XIII.-3.3.1 Interdicción de argumentaciones tautológicas XIII.-3.3.2 Interdicción de argumentaciones prospectivas XIII.-3.4 Convalidación de la intervención XIII.-3.5 Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial XIII.-3.6 Identificación del terminal a intervenir XIII.-3.7 Identificación del titular del terminal XIII.-3.8 Momento relevante para valorar los indicios XIII.-3.9 Utilización de la información inicial generada por un proceso para una nueva interceptación XIII.-3.10 Determinación de los sistema técnicos de intervención XIV.-Necesidad en una sociedad democrática. Proporcionalidad XIV.-1 Reserva de la medida para los delitos de mayor entidad XIV.-2 Otras derivaciones de la proporcionalidad XV.-Excepcionalidad XVI.-Resolución judicial motivada XVI.-1 Resolución judicial XVI.-2 Resolución motivada XVII.-Especialidad XVIII.-Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial XIX.-Aspectos procedimentales XIX.-1 Marco normativo XIX.-2 Adopción de la medida en diligencias de investigación XIX.-3 Adopción de la medida en diligencias indeterminadas XIX.-4 Control judicial XIX.-5 Notificación al Fiscal de la adopción de la medida XIX.-6 Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida XIX.-7 Notificación del cese de la medida XIX.-8 Competencia del Juez de Instrucción XX.-Extensión temporal de la medida XX.-1 Cuestiones relativas a la duración XX.-2 Prórroga XXI.-Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones XXII.-Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional XXII.-1 Intervenciones en el extranjero XXII.-2 Procedimientos incoados por investigaciones de servicios policiales extranjeros XXIII.-Reproducción en el juicio oral XXIII.-1 Cuestiones generales XXIII.-2 Transcripciones XXIII.-3 Aportación de las grabaciones originales XXIII.-4 Puesta a disposición del total de material de audio grabado XXIII.-5 Identificación de voces XXIV.-Supuestos de ilicitud de la intervención. Efectos. La conexión de antijurídica XXIV.-1 Ideas generales XXIV.-2 Especial referencia a la

autoincriminación XXV.-Pautas específicas para los Fiscales XXV.-1 En la fase de instrucción XXV.-2 En la fase intermedia del proceso XXV.-3 En la fase de juicio oral XXV.-4 Recursos contra la sentencia XXV.-5 Legitimación del Ministerio Fiscal para invocar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva XXVI.-Conclusiones 1.-Pautas generales 2.-Contenidos protegidos por el secreto de las comunicaciones 3.-Revelación por un comunicante 4.-Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario 5.-Teléfonos móviles 6.-Intervención en relación con terminal telefónico sustraído 7.-Escucha y/o grabación directa de conversaciones 8.-Supuestos especiales 9.-Hallazgos casuales 10.-Sistema SITEL 11.-IMSI e IMEI 12.-Investigación del IP 13.-Correo electrónico 14.-Cesión de datos almacenados por las operadoras 15.-Otras vías de comunicación a través de Internet 16.-Concurrencia de indicios suficientes para acordar la intervención 17.-Informaciones anónimas 18.-Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial 19.-Procedimiento seguido para la identificación del terminal 20.-Identificación del titular del terminal 21.-Momento relevante para valorar los indicios 22.-Proporcionalidad 23.-Excepcionalidad 24.-Motivación 25.-Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial 26.-Adopción de la medida en diligencias indeterminadas 27.-Control judicial 28.-Notificación al Fiscal de la adopción de la medida 29.-Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida 30.-Competencia. Normas de reparto 31.-Extensión temporal de la medida 32.-Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones 33.-Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional 34.-Incorporación como prueba en el juicio oral 35.-Identificación de voces 36.-Cuestiones relativas a la conexión de antijuridicidad 37.-Pautas específicas de actuación para los Fiscales.

1. Introducción. Ideas generales

El Ministerio Fiscal debe cohonestar su obligación de ejercer la acción penal cuando proceda con su deber de garantizar el respeto a los derechos y garantías del imputado, como expresamente se le exige tanto en el proceso de adultos (art. 773 LECrim) como en el de menores (art 6 LORPM).

El principio de imparcialidad hace que la función del Ministerio Público trascienda de la de una mera parte acusadora oficial, atribuyéndosele también la de ser garante del respeto de los derechos fundamentales de quien delinquirió, debiendo entenderse completamente superada la configuración del Fiscal como empecinado e inflexible acusador público.

La Instrucción nº 2/2008, sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción exhorta a los Fiscales a cuidar durante la instrucción de dar “debido cumplimiento a sus obligaciones...en protección del derecho de defensa”, derecho al que la Instrucción nº 8/2004, de 17 de diciembre considera “quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia”, para añadir que “el respeto escrupuloso y efectivo al derecho de defensa del imputado no ha de ser ajeno al Ministerio Fiscal.

Su configuración constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos incluye la protección de los derechos del imputado, y dentro de ellos la salvaguardia del derecho de defensa”.

El art. 3.3 EOMF encomienda al Fiscal la tarea de velar por los derechos fundamentales -entre los que se cuenta el del secreto de las comunicaciones- con cuantas actuaciones exija su defensa.

En esta misma línea, las Normas de responsabilidad profesional y declaración de derechos y deberes fundamentales de los Fiscales, adoptadas por la Asociación Internacional de Fiscales, de 23 de abril de 1999 proclaman que los Fiscales deberán ...proteger el derecho de un acusado a un juicio justo en todo momento y, en particular, asegurar que las pruebas a favor del acusado sean presentadas conforme a la ley o los requerimientos de un juicio justo. Estas normas fueron asumidas por la Comisión de Prevención del Crimen y Justicia Criminal de Naciones Unidas en la Resolución 17/2 adoptada su decimoséptima reunión celebrada en Viena en 2008.

En este sentido, la Recomendación (2000)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, en su punto 28 dispone que

“los Fiscales no deben presentar pruebas respecto de las que sepan o crean sobre bases razonables que fueron obtenidas mediante métodos contrarios a la Ley. En caso de duda el Ministerio Fiscal debe pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la admisibilidad de tal prueba”. Las Directrices sobre la función de los Fiscales, adoptadas por el Octavo congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento de los delincuentes, de 1990 (punto 16) establecen el deber de los Fiscales de excluir la prueba obtenida a través de métodos ilegales.

Consecuentemente deberán los Sres. Fiscales tanto en su función investigadora, como en su actuación inspectora durante la fase de instrucción, tener siempre presente la máxima contenida en el ATS de 18 de junio de 1992: no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad. Tal principio general fue ya acuñado por el Tribunal Supremo Federal alemán (BHG) en su sentencia de 14 de junio de 1960, en la que declaró que “la investigación de la verdad en el proceso no es un valor absoluto”. Más recientemente la STS nº 101/2012, de 27 de febrero declara que la búsqueda de la verdad, incluso suponiendo que se alcance, no justifica el empleo de cualquier medio. La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo Justicia.

Por tanto, a la hora de hacer acopio de materiales que puedan llegar a servir de prueba, los Sres. Fiscales han de cuidar de que los mismos se obtengan con exquisito respeto a los derechos fundamentales, cuya protección le está encomendada.

En este contexto, una de las diligencias de investigación más invasivas desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales y más compleja en su adopción, ejecución y aportación al acto del juicio oral es la de intervención de las comunicaciones telefónicas.

Ya la Fiscalía General del Estado dedicó a la materia su Circular 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales.

El tiempo transcurrido y la evolución jurisprudencial en una materia extraordinariamente movidiza y que se proyecta sobre una realidad profundamente afectada por los avances técnicos hacen necesario un nuevo pronunciamiento.

Desde el punto de vista metodológico y con el fin de facilitar la labor de los Sres. Fiscales, la presente Circular incorporará los criterios de la Circular 1/1999 que siguen considerándose vigentes y útiles, de forma que la consulta del presente instrumento, permitirá conocer la doctrina global de la Fiscalía General del Estado sobre esta materia.

En la presente Circular se incorporan las pautas exegéticas que se consideran suficientemente consolidadas en la doctrina del TC y en la jurisprudencia del TS, dejando para futuros instrumentos aspectos sobre los que aún se carece de criterios firmes y claramente asentados.

No obstante, también se abordarán puntualmente cuestiones sobre las que no pudiendo afirmarse que se cuente ya con doctrina consolidada, se ha estimado imprescindible una primera toma de posición para garantizar la unidad de actuación, siempre desde una perspectiva garantista y subordinada en su vigencia a los criterios exegéticos que pudieran cristalizar en el futuro.

Debe partirse del valor interpretativo de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ) y del carácter integrador de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 1.6 CC), por lo que las referencias que se hacen tanto a la doctrina del TC como a la jurisprudencia del TS, en cuanto suponen la plasmación de criterios ya consolidados en esta materia, no son un mero elenco de citas, sino que vinculan a los Sres. Fiscales en su actuación ante los Juzgados y Tribunales.

Especial relevancia se otorgará a la doctrina del TEDH. Debe recordarse que las resoluciones del TEDH tienen valor vinculante. Conforme al art. 46 CEDH, los Estados parte se comprometen a acatar las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los litigios en que sean parte. No solamente tienen valor jurídico las resoluciones de condena en relación con el Estado condenado. Igualmente debe reconocerse un rol capital a la doctrina del TEDH, de valor incuestionable. En este sentido ha declarado el TC que “la Jurisprudencia del TEDH...de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos

constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales y que es de “aplicación inmediata en nuestro ordenamiento jurídico” (STC nº 303/1993, de 25 de octubre).

La idea básica es la de que los Sres. Fiscales velen por que en las intervenciones de las comunicaciones telefónicas acordadas en el seno un proceso penal, se observen todas las garantías exigidas por nuestros Tribunales, partiendo de que en tanto esta diligencia se desenvuelve acompañada de la declaración de secreto el Fiscal, como única parte procesal activa, ha de extremar su celo para que la actuación del instructor sea plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de quienes están sometidos a investigación mediante la observación de sus comunicaciones.

Si el Fiscal cumple adecuadamente su función como inspector de la instrucción, conseguirá un doble objetivo: el respeto a los derechos fundamentales y la eficacia del proceso penal, pues sólo las pruebas obtenidas con respecto a los derechos de los ciudadanos podrán eventualmente fundamentar la pretensión penal.

2. El derecho al secreto de las comunicaciones

Los derechos fundamentales son derechos especialmente protegidos, por su mayor valor (STC nº 66/1985, de 23 de mayo), por ser componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico, y por sus notas de permanencia e imprescriptibilidad (STC nº 7/1983, de 14 de febrero).

Uno de estos derechos fundamentales es el derecho al secreto de las comunicaciones, proclamado ya por la Asamblea Nacional francesa en 1790: *le secret des lettres est inviolable*. Su reconocimiento tiene lugar al máximo nivel, en el art 18.3 CE, conforme al que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Desde una perspectiva internacional el derecho es reconocido en los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. También más recientemente ha sido reconocido por el art 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dispone bajo la rúbrica Respeto de la vida privada y familiar que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Estos textos constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades (art. 10.2 CE).

El derecho al secreto de las comunicaciones constituye una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que son fundamento del orden político y de la paz social (STC nº 281/2006, de 9 de octubre, STS nº nº 766/2008, de 27 de noviembre). Este derecho se integraría en la categoría de los derechos de la persona como ser libre, inherente a la autonomía personal.

La doctrina jurisprudencial sobre las intervenciones telefónicas se construye sobre la base de la naturaleza de derecho fundamental del secreto de las comunicaciones (SSTS nº 248/2012, de 12 de abril, 446/2012, de 5 de junio, 492/2012, de 14 de junio, 635/2012, de 17 de julio y 644/2012, de 18 de julio).

Las comunicaciones comprendidas en este derecho han de ser aquéllas indisolublemente unidas por naturaleza a la persona, a la propia condición humana; por tanto, la comunicación es a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos (STC nº 281/2006, de 9 de octubre, STS nº 766/2008, de 27 de noviembre).

Los imparable avances tecnológicos ponen en manos no sólo de los poderes públicos sino incluso de los particulares enormes poderes que potencialmente son una amenaza para el secreto de las comunicaciones, lo que exige reinterpretar este derecho y afinar el sistema de garantías para proteger la privacidad humana.

Como ha declarado el TC “en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye no solo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo” (STC n° 123/2002, de 20 de mayo). Con los enormes avances tecnológicos de los últimos años el secreto de las comunicaciones trasciende de mera garantía de la libertad individual, para ser medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. La eclosión de Internet abre posibilidades inimaginables hace unos años. La evolución continúa imparable. Las posibilidades de navegación anónima y de limitar su trazabilidad han convertido en obsoletos los tradicionales sistemas de identificación de terminal e interceptación.

Estos avances hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental al secreto de ésta que extienda la tutela a nuevos espacios, como se deriva del tenor literal del art. 18.3 CE. El Constituyente, consciente de que los sistemas de telecomunicaciones se encontraban en un proceso de evolución acelerada con las nuevas tecnologías, estableció un sistema de *numerus apertus* de los soportes técnicos y de las formas de llevar a cabo la comunicación.

La protección constitucional abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, así como los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse (SSTS n° 367/2001, de 22 de marzo y 1377/1999, de 8 de febrero).

En principio, es necesario que exista algún medio para que entre en juego el secreto de las comunicaciones, de manera que en puridad este derecho no protege la conversación directa entre dos personas, todo ello sin perjuicio de las consideraciones que se contienen en el epígrafe 5.-8 del presente documento.

El medio utilizado debe ser apto para permitir una comunicación secreta entre varias personas. Ello lleva a la exclusión en su radio protector de los medios de comunicación de masas. Pueden no obstante entenderse incluidos medios que permiten una conversación entre más de dos personas, pero “cerrada” o con disponibilidad para aceptar nuevos interlocutores (v. gr. videoconferencia).

El secreto de las comunicaciones debe ser respetado por todos los terceros ajenos a la comunicación, no sólo Estado o agentes públicos, sino también los particulares. Sin embargo, el secreto no afecta a los propios partícipes de la comunicación, sin perjuicio de que en ciertos supuestos éstos podrían llegar a vulnerar el derecho a la intimidad de su comunicante.

No hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje... Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «íntima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución (STS n° 239/2010, de 24 de marzo, STC n° 114/1984, de 29 de noviembre).

Debe tenerse especialmente presente que el derecho analizado es un derecho de carácter formal, pues no se dispensa el secreto en virtud del contenido de la comunicación ni tiene nada que ver la protección del secreto con el hecho de que lo comunicado entre o no en el ámbito de la privacidad (SSTC n° 70/2002, de 3 de abril; 114/1984, de 29 de noviembre). Por ello, la protección que la Constitución otorga a la comunicación telefónica subsiste aun cuando el objeto de la comunicación no entre en la esfera de la intimidad de la persona.

El derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones.

Desde la perspectiva subjetiva, los titulares del secreto de las comunicaciones pueden ser tanto las personas físicas como las jurídicas, nacionales o extranjeras, “porque el secreto de

las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación y no propiamente de impedimento a las comunicaciones” (vid. STS nº 246/1995, de 20 de febrero, STC nº 114/1984, de 29 de noviembre).

También los menores son titulares del derecho al secreto de las comunicaciones.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, les reconoce en su art. 4 este derecho y encomienda a los padres o tutores y a los poderes públicos respetarlo y protegerlo frente a ataques de terceros, todo ello sin perjuicio de las modulaciones derivadas del ejercicio legítimo de la patria potestad o de la tutela.

Es un derecho público subjetivo, exigible ante los poderes públicos. Se trata también de un derecho autónomo, aunque en conexión con valores como la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Es, por último, un derecho relativo, pues en el propio art 18.3 CE se prevé su limitación mediante resolución judicial (STS nº 246/1995, de 20 de febrero).

3. La diligencia de intervención de comunicaciones telefónicas

Puede definirse como una diligencia de investigación, acordada por la autoridad judicial en fase de instrucción, ejecutada bajo el control y supervisión del órgano jurisdiccional competente y acordada con el objeto de captar el contenido de las comunicaciones del sospechoso o de otros aspectos del 'iter' comunicador, con el fin inmediato de investigar un delito, sus circunstancias y autores y con el fin último de aportar al juicio oral materiales probatorios “bien frente al imputado, bien frente a otros con los cuales éste se comunique” (vid. STS nº 246/1995, de 20 de febrero).

Las intervenciones telefónicas tienen una doble naturaleza en el proceso penal: 1) pueden servir de fuente de investigación de delitos, orientando la encuesta policial y 2) pueden utilizarse como medio de prueba (STS nº 511/1999, de 24 de marzo).

En ambos casos se requiere como exigencia indefectible la observancia de una serie de requisitos que garantizan que la invasión o injerencia en el ámbito de la intimidad personal que protege el art. 18 CE se lleva a cabo de manera constitucionalmente correcta.

Las posibilidades de este medio de investigación, también como consecuencia de los avances en técnicas de interceptación y captación de conversaciones se han acrecentado, pero con mayor razón si cabe han de establecerse límites: debe alcanzarse el justo equilibrio entre ese proyecto esclarecedor de actividades delictuales, tan necesario para el mantenimiento del orden social y la seguridad ciudadana, y la salvaguarda de un cerco de derechos sobre los que se asienta y desarrolla la vida humana. Existen ámbitos individuales de inmunidad que no pueden ser arrollados so pretexto de actuar en función de fines de trascendencia pública (STS nº 1424/1993, de 18 de junio).

Así, puede afirmarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia (STS nº 635/2012, 17 de julio).

4. Marco jurídico general

La LECrim dedica a esta materia el art. 579, en el Título VIII del Libro II. La parca regulación de nuestro Código Procesal debe ser completada con otras disposiciones legales. Así debe tenerse presente en esta materia la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la LO 4/1981, de

1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. El delito de escuchas telefónicas clandestinas está tipificado en los art 197 y 198 y 536 CP.

En el ámbito de la Unión Europea deben tenerse especialmente presentes las Directivas 2006/24/CE sobre conservación de datos de tráfico y la 2002/58/CE, sobre comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE.

En el ámbito militar el art. 188 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar dispone que podrá el Juez Togado acordar, mediante auto y previa audiencia del Fiscal Jurídico Militar, la intervención de las comunicaciones telefónicas o radiofónicas del procesado y la grabación de sus actividades, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. El auto determinará con precisión la modalidad o la forma de la intervención.

Deben tenerse también en cuenta los Convenios Internacionales que regulan la cooperación judicial penal. Entre ellos debe destacarse el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, que dedica sus arts. 17 a 22 a cómo debe practicarse esta diligencia mediante la asistencia judicial internacional.

El TC (vid. STC nº 184/2003, de 23 octubre) echa en falta en el Derecho vigente la regulación del plazo máximo de duración de las intervenciones, la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas.

La propia doctrina del TC y la jurisprudencia del TS han tratado de colmar las lagunas legales detectadas.

La intervención de las comunicaciones puede afectar, en variadas formas, a otros derechos fundamentales distintos del secreto de las comunicaciones y así, conforme a la STC nº 123/2002, de 20 de mayo “este reconocimiento autónomo del derecho (art. 18.3) no impide naturalmente que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, de la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o, naturalmente también, el derecho a la intimidad personal y familiar”.

Para que la intervención telefónica sea simple “afectación” y no “vulneración” de un derecho fundamental es preciso el escrupuloso respeto de las garantías, de modo que toda intervención sea tratada como excepcional, y rodeada de límites y requisitos.

El art. 579 LECrim en su apartado segundo en su redacción dada por LO 4/1988 de 25 mayo 1988, dispone que asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

Los requisitos básicos que conforme a la jurisprudencia del TS han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas y que serán desbrozados en la presente Circular son los siguientes:

1º) La exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

2º) La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de las personas responsables del mismo.

3º) La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

4º) La proporcionalidad de la medida, que implica que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves.

5º) La limitación temporal de la utilización de la medida.

6º) La especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos.

7º) La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas.

8º) La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe que la intervención de las telecomunicaciones sea la que ponga en marcha el procedimiento.

9º) La motivación suficiente de la resolución judicial acordando la intervención telefónica.

10º) La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

La exigencia del cumplimiento de requisitos ineludibles para que las intervenciones sean legítimas deriva, no solamente del carácter de derecho fundamental del secreto de las comunicaciones, sino además, de una singularidad que concurre respecto de otras diligencias de investigación intrusivas en los derechos fundamentales, a saber, que la injerencia se lleva a cabo manteniendo al titular de ese derecho en la total ignorancia respecto de la pérdida de amparo de su derecho constitucional.

5. Contenidos protegidos

5.1. Listado de llamadas y otros datos externos

El concepto de secreto incorporado al art. 18.3 CE, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también otros aspectos de la misma. La trascendencia jurídica de la comunicación telefónica no se contrae a la conversación mantenida. Debe partirse de que la digitalización genera datos almacenables que encierran información de alto interés para la investigación de hechos delictivos.

Desde luego, no todos los datos digitalizados merecen la consideración de datos propios del contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. Debe analizarse la funcionalidad de cada dato para ubicarlo bajo el manto protector del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), cada uno con su propio sustrato axiológico y, correlativamente, cada uno con una protección de intensidad variable.

Desde luego, el secreto ampara la identidad subjetiva de los interlocutores y el listado de llamadas. La STEDH de 2 de agosto de 1984 Malone contra Reino Unido, verdadero leading case en la materia, reconoció expresamente la posibilidad de que el art. 8 CEDH pudiera resultar violado por el empleo de un artificio técnico que permita registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no acceda al contenido de la comunicación misma.

El TC asumió decididamente esta interpretación, de forma que se entiende que el concepto de secreto de la comunicación no sólo cubre su contenido, sino que alcanza la identidad subjetiva de los interlocutores, la propia existencia de la comunicación, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico, etc.- de la misma (SSTC nº 114/1984, de 29 de noviembre y 123/2002, de 20 de mayo) En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones, afirmando que no es posible disociar, sin merma relevante de garantías, realidades tan sustancialmente integradas como son el mensaje y su proceso de transmisión. Para la Consulta, que debe ahora ser ratificada, "inviolable no sólo es el mensaje, sino todos aquellos datos relativos a la comunicación que permitan identificar a los interlocutores o corresponsales,

o constatar la existencia misma de la comunicación, su data, duración y todas las demás circunstancias concurrentes útiles para ubicar en el espacio y en el tiempo el hecho concreto de la conexión telemática producida”.

Actualizando tal doctrina, declara el TS que de entre todos los datos de tráfico generados en el transcurso de una comunicación telefónica, merecen la protección reforzada que se dispensa en el art. 18.3 CE, los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada (SSTS nº 249/2008, de 20 de mayo, 776/2008, de 18 de noviembre, 688/2009, de 18 de junio).

El Convenio número 185, del Consejo de Europa, sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2001, recientemente ratificado por el Estado español el 20 de mayo de 2010, también define los datos de tráfico de forma amplia en su art. 1.d) como todos los datos que tienen relación con una comunicación por medio de un sistema informático, producidos por este último, en cuanto elemento de la cadena de comunicación, indicando el origen, el destino, el itinerario, tiempo, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente. Esta definición se apoya en una dependencia temporal y funcional de los datos de tráfico con respecto a la comunicación.

En relación con el registro de llamadas de teléfono móvil es de particular trascendencia la STC nº 230/2007, de 5 de noviembre en la que se analiza un supuesto en que los agentes actuantes intervienen en poder de unos detenidos sendos teléfonos móviles, accediendo, entre otros, al registro de llamadas memorizado en el terminal hallado en posesión de uno de ellos, sin contar con su consentimiento ni con la debida autorización judicial, confeccionando un listado de llamadas recibidas, enviadas y perdidas. El TC considera que se ha vulnerado al recurrente el derecho al secreto de las comunicaciones en tanto que “dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial. Ello supone la imposibilidad de valoración de dicha prueba al tener que quedar excluida del material probatorio apto para enervar la presunción de inocencia, en tanto que obtenida con vulneración de derechos fundamentales del recurrente”.

Pero es claro que por orden judicial pueden reclamarse los listados de llamadas a las compañías telefónicas (STS nº 1330/2002, de 16 de julio; STC nº 123/2002, de 20 de mayo). No tendría sentido alguno que pudieran intervenir judicialmente las conversaciones que inciden directamente sobre el derecho al secreto de las comunicaciones, y no pudiera por orden judicial solicitarse a la compañía telefónica operadora en cada caso que expidiera tales listados de llamadas, diligencia cuya afectación para el derecho protegido es de menor intensidad.

Además, en tanto la injerencia consistente en la entrega de los listados de las llamadas de una persona por las compañías telefónicas debe considerarse de “menor intensidad” que las escuchas telefónicas, ha de partirse de que este dato es “especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad” (STC nº 56/2003, de 24 de marzo; STS nº 23/2007, de 23 de enero). La intervención telefónica y grabación de conversaciones supone una intromisión en el derecho fundamental de los comunicantes superior a la intromisión que supone el simple recuento e identificación de las llamadas y de los números de teléfono utilizados desde el concreto teléfono objeto del recuento (STC nº 26/2006, de 30 de enero) y así se ha permitido que la resolución judicial que la autorice sea excepcionalmente una providencia, integrada por la solicitud a la que se remite (STC nº 123/2002, de 20 de mayo).

Pese a esa cierta relajación en los requisitos, los Sres. Fiscales velarán porque también se acuerde por medio de auto la entrega de los listados de las llamadas, por ser lo más correcto procesalmente. Si, no obstante, la resolución reviste la forma de providencia, esta circunstancia aislada no deberá entenderse por sí como causante de nulidad.

Puede pues concluirse con que tras fluctuaciones jurisprudenciales se ha asentado el criterio que establece que la relación de llamadas emitidas o recibidas por un terminal telefónico es

materia que afecta al derecho que garantiza el art. 18.3 CE, siendo necesario a tales efectos, a falta de consentimiento de los sujetos comunicantes, la autorización judicial correspondiente otorgada en el curso de una investigación de carácter penal. Tal autorización será también necesaria para acceder al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, SSTS 142/2012, de 2 de julio nº 707/2009, de 22 de junio y 230/2007, de 5 de noviembre; STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland contra Reino Unido).

5.2. Revelación por un comunicante

Las grabaciones de las conversaciones por uno de los interlocutores no afectan al secreto de las comunicaciones, sino al derecho a la intimidad, por lo que pueden articularse como prueba aunque se hayan efectuado sin autorización judicial (vid. SSTS nº 208/2006, de 20 de febrero, 1564/1998, de 15 de diciembre, 1354/2005, de 16 de noviembre; STC nº 56/2003, de 24 de marzo). La garantía del secreto de las comunicaciones sólo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, ya que lo que persigue la norma es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma. Como declara la STC nº 56/2003, de 24 de marzo “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”. Para esta resolución “... no existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece comunicación con él; en otro caso todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el art. 18.3 CE”.

Sólo podrá vulnerarse el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 cuando se graba la conversación de otro, pero no cuando se graba una conversación con otro.

Conforme a la STC nº 114/1984, de 29 de noviembre “no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, no implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje, pues sobre los comunicantes no pesa el deber del secreto”.

Como declara la STS nº 239/2010, de 24 de marzo la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica «no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión... Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana».

La STS nº 710/2000, de 6 de julio (caso padre coraje) declara que “no cabe apreciar, en principio, que la grabación de una conversación por un interlocutor privado implique la violación de un derecho constitucional, que determine la prohibición de valoración de la prueba así obtenida”.

Desde luego, 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, pues «no se alcanza a comprender el interés constitucional que podría existir en proteger el secreto de los propósitos delictivos» (SSTS nº 386/2002, de 27 de febrero, 883/1994, de 11 de mayo, 977/1999, de 17 de junio).

Como derivación de la anterior doctrina debe entenderse que otorgado a los agentes de la autoridad permiso por parte de uno de los interlocutores para oír las comunicaciones recibidas en su propio terminal, no quedará afectado el derecho al secreto de las comunicaciones protegido por el art. 18.3 CE. Así, la STC nº 56/2003, de 24 de marzo considera que no existe vulneración del derecho en un supuesto en el que uno de los interlocutores en la comunicación telefónica, denunciante de un chantaje, autorizó expresamente a la Guardia Civil a que registrara sus conversaciones para poder determinar así el número desde el que le llamaban. En el mismo sentido, la STS nº 208/2006, de 20 de febrero admite la grabación de las

conversaciones telefónicas por la Guardia Civil sin autorización judicial en tanto la misma contaba con el consentimiento expreso del titular del teléfono, pues se dirigían precisamente a confirmar sus manifestaciones en cuanto a la posible concurrencia de un cohecho.

Debe no obstante obrarse con cautela en este tipo de supuestos. El TEDH en algunos casos (SSTEDH de 23 de noviembre de 1993 A. contra Francia y 8 de abril de 2003 M.M. contra Holanda) ha equiparado los requisitos exigibles a las grabaciones de conversaciones consentidas por uno de los interlocutores a las interceptaciones telefónicas propiamente dichas cuando la Policía realiza una contribución esencial en la ejecución del plan (crucial contribution to the execution of the scheme). Por ello, si no concurren razones de urgencia y los agentes de Policía se han involucrado en el plan para obtener la grabación, será aconsejable solicitar la correspondiente autorización judicial.

5.3. Significación de la afectación de los derechos del comunicante ajeno a la investigación penal

Debe abordarse el problema del tercero o “comunicante accidental”, esto es, la persona que no es directamente investigada pero que entabla comunicación telefónica con el investigado.

La propia naturaleza de la intervención determina que afecte no sólo al titular de la línea sino también a sus interlocutores (SSTS nº 1001/2005, de 19 de julio, 1717/1999, de 3 de diciembre). La intervención autorizada de las comunicaciones alcanza no solo a aquel cuya línea telefónica es observada, sino también al interlocutor que se relaciona con el primero, si la conversación se refiere a los hechos que conforman el delito investigado.

En efecto, una intervención telefónica puede afectar los derechos de terceros ajenos a la investigación, sin que ello genere nulidades. La STS nº 433/2012, de 1 de junio puntualiza que la intervención afecta a las comunicaciones de las personas investigadas, pero puede suponer la inclusión como prueba de cargo las manifestaciones de los que se comuniquen con ellos, siempre que se refieran al hecho delictivo objeto de investigación.

No puede considerarse constitucionalmente ilegítima la intervención de las conversaciones de las personas que comunican o con las que se comunican aquéllas sobre las que recaen inicialmente los indicios, en la medida en que tales conversaciones estén relacionadas con el delito investigado, correspondiendo al Juez, a través del control de la ejecución de la medida, la identificación de las conversaciones relevantes (SSTS nº 712/2012, de 26 de septiembre, 751/2012, de 28 de septiembre, 309/2010, 31 de marzo y 493/2011, 26 de mayo).

La STS nº 515/2006, de 4 de abril declara que en estos casos, la revelación del contenido de las conversaciones mantenidas con el inspeccionado no supone una vulneración del art. 18.3 CE, y así “...por sus propias características toda comunicación telefónica precisa siempre de un mínimo de dos interlocutores, con independencia de quien sea el emisor o el receptor de la llamada, y la resolución judicial por la que se autoriza la escucha de las conversaciones recibidas o emitidas desde un terminal comprende necesariamente a ambos conversadores, en aras de alcanzar el objetivo de su adopción, esto es, averiguar si las fundadas sospechas se materializan en el descubrimiento del presunto ilícito investigado y de sus responsables”.

5.4. Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario

En conexión con este punto se plantea si es válido el material aportado cuando el usuario del teléfono intervenido cede el uso del mismo a un tercero. Para la STS nº 1362/2009, de 23 de diciembre, la autorización judicial para la intervención telefónica lo fue para las que se realizasen a través del teléfono indicado en la conversación inicial por los indicios de tráfico de drogas en la prisión a través del mismo. Si el teléfono es dejado a otra persona, relacionada y de acuerdo con el usuario habitual, para comunicarse sobre esa materia, esa comunicación está cubierta por las resoluciones judiciales de intervención de las comunicaciones a través de ese teléfono...la autorización judicial cubre las comunicaciones realizadas por el teléfono concernido, aunque lo utilicen otras personas no mencionadas en la resolución autorizante.

Otro supuesto conectado con el anterior es aquel que se produce cuando la intervención se realiza en base a la titularidad del terminal, y el teléfono es no obstante utilizado por un tercero. En estos casos no hay lesión al derecho al secreto de las comunicaciones de ese tercero. La

STS nº 1319/2009, de 29 de diciembre considera que "...la policía, salvo que hubiera realizado una escucha previa ilegal, no puede saber...cuál es el usuario habitual de un teléfono que ha contratado una persona perfectamente identificada. Es evidente que el derecho al secreto es personal y subjetivo. La petición judicial está cubierta por el dato evidente de la titularidad del teléfono".

En caso de que el sujeto investigado emplee un teléfono del que no es titular, la autorización judicial concedida puede estar justificada por el hecho del uso, no siendo atendible la alegación por parte del investigado de la supuesta lesión del derecho perteneciente al titular cuando, con respecto a éste, no se haya autorizado la observación (vid. en este sentido STS nº 84/2010, de 18 de febrero).

La utilización por varias personas de un teléfono intervenido no exige una nueva autorización judicial. La STS nº 905/2003, de 18 de junio declara que lo relevante es que conste la identidad del titular del móvil para que la intervención sea correcta junto con los demás requisitos de uso constitucional, de suerte que la utilización esporádica de tal móvil por otra u otras personas del grupo de personas implicado en la actividad delictiva enjuiciada no exige una nueva autorización de la intervención en función de quien utilizase en cada momento el móvil, que estaría en contra de la lógica de la naturaleza de las cosas porque tal utilización indistinta no supone corte o cesura relevante ni en la autorización judicial concedida ni en el hecho que se investiga.

5.5. Acceso a agendas de contactos de teléfonos móviles

No entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación «la previa comprobación de la memoria del aparato, que tiene a tal efecto el simple carácter de una agenda electrónica y no la consideración de un teléfono en funciones de transmisión del pensamiento dentro de una relación privada de comunicación entre dos personas» (SSTS nº 1273/2009, de 17 de diciembre, 1397/2005, de 30 de noviembre). La utilización de los contenidos de los teléfonos para obtener los números de algunas personas no implica ilicitud porque la simple averiguación de los números telefónicos de contacto no constituye propiamente una injerencia en el secreto de las comunicaciones (STS nº 112/2007, de 16 febrero).

En conexión con lo anterior "si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE, la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en el art. 18.1 CE esa misma garantía de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad" (SSTS nº 142/2012, de 2 de julio y 281/2006, de 9 de octubre). En efecto, "la apertura de una agenda y la lectura de los papeles que se encontraban en ella inciden en el derecho a la intimidad (STC nº 70/2002, de 3 de abril), pero no en el secreto de las comunicaciones. Igualmente, se ha puesto de manifiesto que, a pesar de las múltiples funciones tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros a través de Internet que posee un ordenador personal, el acceso a su contenido podrá afectar bien al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), bien al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) en función de si lo que resulta desvelado a terceros son, respectivamente, datos personales o datos relativos a la comunicación (SSTS nº 142/2012, de 2 de julio 173/2011, de 7 de noviembre; 663/2011, de 7 de julio).

A tales efectos debe distinguirse entre acceso a la libreta de direcciones y acceso al registro de llamadas. En este sentido cuando el acceso de la Policía al teléfono móvil del imputado se limita a los datos recogidos en el archivo de contactos telefónicos pero no en el registro de llamadas efectuadas y/o recibidas, debe concluirse que dichos datos no forman parte de una comunicación actual o consumada, ni proporcionan información sobre actos concretos de comunicación pretéritos o futuros. Con el acceso a la agenda de contactos telefónicos no se obtiene dato alguno concerniente a la transmisión de comunicación emitida o recibida por el teléfono móvil, sino únicamente un listado de números telefónicos introducidos voluntariamente por el usuario del terminal sobre los que no consta si han llegados a ser marcados.

Lo determinante para la delimitación del contenido de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 18.1 y 18.3 CE no es el tipo de soporte, físico o electrónico, en el que la agenda de contactos esté alojada ni el hecho, de que la agenda sea una aplicación de un terminal telefónico móvil, que es un instrumento de y para la comunicación, sino el carácter de la información a la que se accede (STS nº 142/2012, de 2 de julio).

5.6. Acceso a mensajes de texto o SMS

Desde luego, los mensajes enviados al destinatario pero aún no leídos por éste deben entenderse protegidos por el derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido puede citarse la STS nº 1235/2002, de 27 de junio, en conexión con la STC nº 70/2002, de 3 de abril, que considera esencial determinar si el titular del teléfono móvil intervenido tenía o no ya conocimiento del mensaje recibido antes de que la Policía leyera el texto del mensaje, partiendo de que tales mensajes son «auténticas y genuinas comunicaciones personales, similares a las que se remiten y reciben por correo o telégrafo, pero cuyo vehículo de transmisión en este supuesto es el teléfono, por lo que, de hecho, se trata de una especie de comunicación de una misiva personal efectuada vía telefónica, que no se "oye" por su destinatario, sino que se "lee" al aparecer en la pantalla del aparato y mediante esa lectura se conoce el contenido del mensaje o de la misiva, por lo que resulta incuestionable que esta clase de comunicaciones se encuentran tuteladas por el secreto que establece el art. 18.3 CE».

Existen dudas en torno a si el acceso a los mensajes acumulados en la memoria del teléfono móvil de un detenido supone o no una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones, o si por el contrario en estos casos el único derecho afectado es el derecho a la intimidad de la persona investigada, interpretación esta última que permitiría actuaciones de injerencia proporcionadas a las circunstancias del hecho y de la investigación.

Por razones de prudencia, y salvo que se consolidara en el futuro una jurisprudencia en sentido contrario, los Sres. Fiscales defenderán la tesis de que es necesaria autorización judicial para acceder a estos contenidos, teniendo en cuenta que conforme a la doctrina constitucional los datos externos de las comunicaciones quedan protegidos con independencia de que estos datos se traten de averiguar una vez finalizado el proceso comunicativo (vid. STC 230/2007, de 5 de noviembre).

5.7. Intervención en relación con terminal telefónico sustraído

Debe partirse del dato técnico de que pueden intervenir las comunicaciones de origen o de destino de un terminal telefónico sustraído a través de su identificación en la red de telefonía por su correspondiente número IMEI. De este modo pueden localizarse cualesquiera tarjetas SIM que se puedan insertar en el chasis para identificar a los ilegítimos usuarios.

Analiza un supuesto de este tipo la STS nº 745/2010, de 26 de julio: “en el curso de los acontecimientos se produce la sustracción de un teléfono móvil que hacía previsible que se pudiera utilizar extrayendo la tarjeta original y sustituyéndola por otra...En esta tesitura, lo lógico es que se ordene la interceptación del teléfono a partir del IMEI, que lo identifica y constituye su señal de identidad inmodificable. A partir de este dato, es evidente que el Juez Instructor...no puede adivinar cuáles son las posibles y futuras tarjetas que se podrán insertar en el chasis, por lo que la medida de intervenir el teléfono asociado a un IMEI es perfectamente lógica...Los recurrentes no pueden pretender que se haya vulnerado su derecho al secreto de las comunicaciones al adoptar esta medida...El auto, cuya validez se impugna, resulta impecable desde el punto de vista constitucional. Especifica, de forma inequívoca, el teléfono móvil y su número original, y añade que la compañía telefónica debe facilitar todos los datos asociados a dicha línea, cuya escucha, por un plazo de treinta días, se llevará a cabo por funcionarios de la entidad que deberán también detectar todos los números de teléfono que se sirvan de forma irregular del móvil sustraído, quedando amparadas por la autorización judicial”.

La STS nº 23/2007, de 23 de enero también analiza un supuesto en el que se solicitaron los listados telefónicos en relación a teléfonos sustraídos y en base a documentación aportada por las propias víctimas, titulares legítimos de los mismos, quienes, por tanto dieron su consentimiento a la medida y todo ello con referencia a los números IMEI correspondientes a

los teléfonos móviles sustraídos. En este supuesto se convalida también la actuación judicial, que accedió a lo solicitado por medio de una providencia.

5.8. Escucha y grabación directa de conversaciones

La grabación de las conversaciones privadas entre dos o más personas a través de micrófonos ocultos o de micrófonos direccionales no ha sido expresamente prevista por la LECrim. Ello ha motivado que un sector doctrinal considere que tal actuación no es admisible como diligencia de investigación ni como prueba.

Sin embargo, el TS ha concluido con que no solamente cabe intervenir conversaciones enclavadas mediante medios técnicos, sino también colocar aparatos de escucha y grabación de conversaciones directas. Así lo admite la STS nº 513/2010, de 2 de junio que, en relación a 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 nº 173/1998, de 10 febrero 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.

En todo caso, con independencia del debate aún inacabado sobre si las conversaciones directas entre personas se protegen en el art. 18.1 (intimidad) o en el art. 18.3 (secreto de las comunicaciones), deberán los Sres. Fiscales partir de la necesidad de autorización judicial mediante auto debidamente motivado y ajustado a las prescripciones del principio de proporcionalidad. La utilización de este recurso investigativo habrá de reservarse para supuestos en los que sea imprescindible la diligencia por carecerse de otras posibilidades cuando además los hechos que motivan las pesquisas sean graves.

Sin embargo, no sería lícita por contraria al derecho a no confesarse culpable, la utilización de un compañero de celda en connivencia con la policía para provocar la confesión y grabarla (SSTEDH de 12 de mayo de 2000 Khan contra Reino Unido y 25 de septiembre de 2001 P. G. y J. H. contra Reino Unido).

En este sentido, la STS nº 178/1996, de 1 de marzo rechaza la validez de una grabación obtenida por uno de los coacusados de manera provocada y con la exclusiva intención de presentarla como prueba en las diligencias en curso y sin estar revestida de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable.

También parece seguir esta tesis la STS nº 513/2010, de 2 de junio que subordina la validez a que la conversación entre los detenidos no fuera una trampa o una inducción.

Con mayor motivo será admisible la acción de percibir personalmente el contenido de una conversación que los investigados mantienen en lugar próximo al agente policial. Para la STS nº 218/2007, de 5 marzo no se infringe garantía constitucional alguna “habida cuenta de que ni se llegaron a grabar conversaciones telefónicas, y la conversación descubierta por la policía lo fue mediante escucha directa de uno de los conversadores, gracias a la proximidad a él de una funcionaria en la vía pública...excluye cualquier consideración de atentado al derecho a la intimidad del comunicante...” Es también esclarecedora en este punto la STS nº 591/2002, de 1 de abril, que analiza un supuesto en el que la guardia civil oyó, percibió sensorialmente, unas conversaciones sin que para su realización hubiera realizado ninguna operación que lo permitiese...La audición de las conversaciones que se mantenían a través de radioteléfonos que se encontraban en disposición de ser escuchadas por cualquier persona que se encontrara en las inmediaciones no supone lesión alguna al derecho.

Debe por tanto concluirse con que no puede considerarse vulneración del secreto de las comunicaciones la escucha de una conversación telefónica por hallarse quien escucha en las inmediaciones del lugar en que se produce, sin utilizar ningún medio técnico o electrónico. La eventual vulneración de la intimidad habrá de ponderarse en relación con el cúmulo de circunstancias concurrentes.

Es interesante en este sentido la SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, de 17 de febrero de 2000 que declara que “la protección no alcanza a garantizar el secreto de dichas comunicaciones frente a las personas que se encuentran en las inmediaciones de la persona que habla por teléfono y que oyen el contenido de lo que habla directamente, sin utilizar para ello ningún procedimiento técnico o electrónico.

Piénsese, por ejemplo, en la conversación que tiene lugar a través de teléfonos fijos o móviles en el interior de un domicilio en el que están las puertas o las ventanas abiertas y es oída por una persona que se encuentra fuera del mismo, bien en la calle, en las escaleras o, incluso, en un domicilio contiguo, debido al alto tono de voz empleado por la persona que realiza la llamada, o en la que tiene lugar a través de teléfonos fijos o móviles en establecimientos públicos delante de otras personas, o en teléfonos móviles en la vía pública”. Añade esta resolución que “cuando el contenido de las llamadas telefónicas efectuadas en el interior de un domicilio u oficina, o en una cabina telefónica, en los que se encuentran cerradas las puertas y ventanas, es oído por una persona que se encuentra en el interior de dichos lugares, dicha percepción podrá ser constitutiva de una violación del derecho a la intimidad si la persona que escucha lo hace escondido en algún lugar desde el que no puede ser vista por quien efectúa la llamada. Pero si la persona que escucha se encuentra en un lugar público, en la calle, como en el caso presente, el hecho de enterarse del contenido de la conversación, o de parte de ella, no supone atentado de clase alguna al derecho a la intimidad. En definitiva, si el particular no se preocupa de ejercer las posibilidades que tiene de controlar y evitar el acceso a su intimidad cuando realiza llamadas telefónicas en las aludidas condiciones, no puede alegar que el conocimiento del contenido de su conversación telefónica por terceras personas constituya un atentado a la misma...”

5.9. Visionado directo del número entrante. Rellamadas

La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación. En este sentido se pronuncian las SSTS nº 1273/2009, de 17 de diciembre y nº 316/2000, de 3 de marzo.

En la misma línea, la STS nº 1040/2005, de 20 de septiembre considera que no hay invasión en el secreto de las comunicaciones cuando se produce la directa visión del número emisor que aparece en pantalla sin consentimiento de quien llama pues “del propio modo que en un registro domiciliario (o de un vehículo o de una maleta), no se invade el ámbito del secreto de las comunicaciones porque se hallen varias cartas cerradas, en donde se haga constar, en lugar visible del sobre, el nombre del remitente y del destinatario y la fecha del matasellos, por poner solamente un ejemplo”.

Anotar un número de teléfono que insistentemente llama al móvil del detenido para a continuación llamar a ese teléfono a fin de descubrir a posibles copartícipes en el delito tampoco supone una vulneración del secreto de las comunicaciones. Analiza esta cuestión la STS nº 266/2010, de 31 de marzo que declara que “no existió ninguna actividad por parte de la policía que provocase la llamada originaria que fue espontánea, limitándose los agentes a tomar el número que reflejaba la pantalla y ya desde un teléfono ocupado y en su cometido de descubrir a otros implicados hacen una rellamada al hipotético interlocutor...la utilización del teléfono ajeno y ejecución de una rellamada queda fuera del derecho al secreto de las comunicaciones...en determinados supuestos o situaciones en que el sacrificio del derecho es mínimo y la urgencia de la intromisión se impone para la culminación de una investigación policial no se excluiría que ponderando los principios de racionalidad y proporcionalidad pudiera la policía judicial actuar por iniciativa propia en cumplimiento de sus cometidos sin acudir al juez, cuando de hacerlo se perjudica o desbarata la investigación policial”.

5.10. Ampliación de las escuchas a otras líneas

En cuanto a la adopción de medidas de restricción del secreto respecto de otras líneas telefónicas, es claro que no proceden solo por el hecho de que mantengan comunicación o contacto con los primeramente afectados por el acuerdo judicial, siendo preciso que de los datos obtenidos con la intervención telefónica, o de otras diligencias, resulten datos que

sugieran de forma racional y suficientemente consistente su posible participación en las acciones delictivas que se investigan (STS nº 740/2012, de 10 de octubre).

5.11. Conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público

La radiocomunicación es un sistema capaz de enviar a larga distancia una información, empleando ondas herzianas, que se basan en el concepto de vibración; donde un ciclo es una vibración completa, y un ciclo por segundo es un hercio. Las frecuencias entre 30 Kc/s y 300 Kc/s se denominan LF (Low Frequency); entre 300 y 3000 Kc/s se denominan MF (Middle Frequency); entre 3 y 30 Mc/s, HF; entre 30 y 300 VHF (Very High Frequency); entre 300 y 3000 Mc/s, UHF (Ultra High Frequency); entre 3 y 30 Gc/s, SHF (Super High Frequency); y entre 30 y 300 Gc/s, EHF (Extremely High Frequency).

La protección del art. 18.3 CE no alcanza a las conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público, por su "particular especificidad" (STS nº 1397/2011, de 22 de diciembre con cita de la STS nº 209/2007, de 9 de marzo). En estos casos, precisamente por ser de uso público, ha de partirse por los usuarios de una implícita posibilidad de captación.

6. Hallazgos casuales

Para analizar los problemas de los hallazgos casuales, debe partirse de dos premisas.

En primer lugar, conforme al principio de especialidad, no es admisible decretar una intervención para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos, ni extender autorización prácticamente en blanco, siendo exigible concretar el fin del objeto de la intervención y que éste no sea rebasado (vid. SSTS nº 818/2011, de 21 de julio y 372/2010, de 29 de abril).

En segundo lugar, ha de tenerse presente que la Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (SSTC nº 41/1998, de 31 de marzo y 49/1996, de 26 de marzo).

El trascendente ATS de 18 de junio de 1992 abrió camino al señalar que "respecto al problema de la divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga...basta con que, en el supuesto de comprobar la policía que el delito presuntamente cometido, objeto de investigación a través de interceptaciones telefónicas, no es el que se ofrece en las conversaciones que se graban, sino otro distinto, para que dé inmediatamente cuenta al Juez a fin de que éste, conociendo las circunstancias concurrentes, resuelva lo procedente". La STS nº 1424/1993, de 18 de junio, considera que de no obrar de este modo, en otro caso, la autorización, de hecho, se transforma en una especie de persecución del comportamiento genérico de una o varias personas a través de las conversaciones telefónicas, lo cual es totalmente inaceptable.

Simultáneamente, no puede renunciarse a investigar la noticia criminis incidentalmente descubierta en una intervención dirigida a otro fin, aunque ello precisa una nueva autorización judicial específica de la que aquélla sea mero punto de arranque. Los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial (STS nº 740/2012, de 10 de octubre).

En este sentido, es paradigmático el ATC nº 400/2004, de 27 de octubre que declara que "pueden ser utilizados los hallazgos casuales producto de escuchas para deducir actuaciones contra los que resultaren implicados en delito grave por las mismas...la utilización en este caso del hallazgo casual ha resultado plenamente respetuosa con las exigencias que pudieran derivarse del reconocimiento constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones, puesto que aquél ha sido utilizado como mera noticia criminis que se ha hecho llegar inmediatamente al órgano judicial competente, sin que se haya procedido a continuar con unas escuchas que ya entonces no hubiesen tenido cobertura en el auto de intervención citado".

Si los hechos descubiertos no guardasen conexión con los causantes del acuerdo de la medida y aparentan una gravedad penal suficiente como para tolerar proporcionalmente su adopción, se estimarán como mera «notitia criminis» y se deducirá testimonio para que, siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso (STS nº 940/2011, de 27 de septiembre). No obstante, la resolución judicial que legalice la investigación de los hallazgos casuales o fortuitos la puede dictar el juez instructor del delito originario, si el delito es conexo.

El control judicial de las comunicaciones intervenidas impone una resolución que acomode su contenido y, sobre todo, su motivación, a los hallazgos casuales que puedan ponerse de manifiesto a lo largo de la instrucción (SSTS nº 110/2010, 23 de diciembre y 167/2010, 24 de febrero).

Esta es la doctrina general, que admite modulaciones, debiendo evitarse posturas maximalistas desconectadas de la naturaleza de las cosas.

Así, no se vulnera la especialidad y ésta se da cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una adición o suma (STC nº 792/1997, de 30 de mayo).

Tampoco la aparición de cualquier indicio de la comisión de un delito distinto del investigado impone una inmediata dación de cuenta al Juez para que éste, sin solución de continuidad, dicte una nueva resolución. Debe tenerse presente que “el objeto del proceso es de cristalización progresiva. No responde a una imagen estática, en la que toda irrupción de un tercero, que se limita a conversar con quien tiene sus comunicaciones intervenidas, deba conllevar una resolución jurisdiccional que renueve la delimitación objetiva y subjetiva originariamente definida. Esa delimitación, desde luego, es obligada, pero no a raíz de la primera de las conversaciones, sino cuando la suma de todas ellas y otros datos indiciarios, permitan al Juez instructor, a la vista de la información ofrecida por los interlocutores, detectar los elementos que justificarían una renovada motivación y una investigación desgajada de la causa matriz. Desde que se dibujan los primeros y tenues trazos incriminatorios, hasta que los indicios adquieren el significado preciso para justificar un nuevo auto de injerencia, es lógico que pase el tiempo indispensable para que los agentes de policía que llevan a cabo el seguimiento puedan detectar la información, analizarla, interrelacionarla y, por último, dar cuenta a la autoridad judicial. Lo decisivo es, al fin y al cabo, que el Juez instructor, desde el primer momento, tenga conocimiento del desarrollo de las investigaciones, que sepa el resultado que van arrojando las conversaciones intervenidas, que su desidia institucional no avale espacios de injerencia ajenos a la garantía constitucional que reconoce el art. 18.3 de la CE... Lo que se pide del órgano jurisdiccional en supuestos...en los que el núcleo inicial de las investigaciones se enriquece con otros hallazgos imprevistos, también de significado jurídico penal, es que dicte una resolución que justifique el sacrificio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones para la investigación del nuevo delito y la determinación de sus hipotéticos responsables. Y que lo haga sin demoras injustificadas, actuando desde que cuente con los indicios imprescindibles para razonar la conveniencia de un sacrificio añadido en los derechos fundamentales de los interlocutores... la cristalización del objeto del proceso se verifica de forma paulatina y, por tanto, ajena a respuestas súbitas (STS nº 636/2012, de 13 de julio).

7. Escuchas mediante el Sistema Integrado de Interceptación de Telecomunicaciones (SITEL)

SITEL, diseñado para sustituir las carencias de los anteriores sistemas de interceptación, se construye sobre la base de enlaces punto a punto con las operadoras de telefonía, que transmiten la información correspondiente a la interceptación que dichas operadoras realizan en su sistema, para almacenarse en el sistema central del Cuerpo Nacional de Policía.

Los enlaces punto a punto establecidos, permiten únicamente la entrada de información procedente de la operadora, la cual, automáticamente, es almacenada por el sistema central en el formato recibido, con características de solo lectura, sin intervención de los agentes facultados, y queda guardada con carácter permanente en el sistema central de almacenamiento a disposición de la Autoridad judicial.

Para garantizar el contenido de la información dichos ficheros son firmados digitalmente, utilizando el formato de firma electrónico denominado PKCS7 Detached y un certificado Camerfirma (como entidad certificadora autorizada) emitido por el Cuerpo Nacional de Policía y que se asocia a la máquina SITEL para que pueda firmar de forma desasistida los ficheros relativos al contenido e información asociada de la interceptación.

Una vez que en el sistema central se realiza el proceso de firma, se genera un nuevo fichero que contendrá la firma electrónica, y que verificará tanto el contenido de la comunicación, como los datos asociados a la misma. Así, el sistema de firma electrónica nunca altera el contenido del archivo original que se está firmando.

Los usuarios del sistema, los grupos operativos encargados de la investigación, no acceden en ningún momento al sistema central de almacenamiento, recogiendo únicamente un volcado de esa información con la correspondiente firma electrónica digital asociada, transfiriéndola a un CD o DVD para su entrega a la Autoridad judicial, garantizando de esta manera la autenticidad e integridad de la información almacenada en el sistema central (vid. STS nº 554/2012, de 4 de julio).

La unidades policiales de investigación son las que, cumpliendo lo ordenado por la autoridad judicial, proceden a volcar a un soporte CD/DVD el contenido de la intervención correspondiente. El volcado se verifica de fecha a fecha, es decir, que comienza con el primer día de la intervención e incorpora la totalidad de las conversaciones y datos asociados producidos hasta la fecha que se indique al sistema, que será la señalada por el juzgado para que se le dé cuenta (semanal o quincenalmente) o la necesaria para solicitar la prórroga de la intervención. La realización de sucesivos volcados de la intervención a los soportes CD/DVD se lleva a cabo sin solución de continuidad, enlazando los periodos temporales hasta que finaliza la intervención, de forma que los CD/DVD aportados de esta manera al juzgado contienen íntegramente la intervención correspondiente por lo que son los soportes que se han de emplear para la solicitud de la prueba, en el caso de que sea necesario, para el acto del juicio oral.

Desde un equipo remoto no es posible modificar ni borrar absolutamente nada del servidor central del SITEL. El contenido de las conversaciones y datos asociados queda íntegramente grabado en el Servidor Central del SITEL, y no es posible su borrado sin autorización judicial específica, sin que sea posible su alteración porque queda registrado en el sistema cualquier intento de manipulación y ello de forma indeleble. En cualquier momento del proceso es posible la verificación de la integridad de los contenidos volcados a los soportes CD/DVD entregados en el juzgado, mediante su contraste con los que quedan registrados en el Servidor Central del SITEL a disposición de la autoridad judicial.

Tras un intenso debate acerca del sistema SITEL, la mayoría de la Sala de lo Penal del TS ha considerado dicho modo de proceder como técnicamente fiable, por encima incluso del sistema «tradicional» de grabación de esas comunicaciones (STS nº 554/2012, de 4 de julio, 573/2012, de 28 de junio). El TS señala que la posibilidad de manipulación o alteración del resultado de las intervenciones en el sistema SITEL es prácticamente imposible (STS nº 410/2012, de 17 de mayo) pues se trata de un "...sistema de grabación de alta seguridad...con mayor seguridad que en un sistema tradicional de cintas analógicas" (STS nº 1215/2009, 30 de diciembre). Es un sistema "...preferible a los modos de intervención anteriores a su implantación..."(STS nº 1078/2009, 5 de noviembre).

La legitimidad de la utilización probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL ha sido confirmada reiteradamente (SSTS nº 410/2012, de 17 de mayo, 250/2009 de 13 de marzo; 308/2009 de 23 de marzo; 1078/2009 de 5 de noviembre, 1215/2009 de 30 de diciembre, 740/2010 de 6 de julio, 753/2010 de 19 de julio, 764/2010 de 15 de julio, 293/2011 de 14 de abril, 565/2011 de 6 de junio).

Se valora como garantía adicional la escisión funcional entre policías que escuchan y policías que investigan "de manera que el órgano policial de investigación recibe lo que otro órgano ha grabado de acuerdo al sistema de interceptación. Esa distinción entre órganos de investigación e interceptación evita riesgos de alteración de sus contenidos que pudieran plantearse dado el desconocimiento por el órgano de escucha del objeto de la investigación. También, la propia

digitalización de la interceptación permite asegurar que cualquier hipotética manipulación dejará rastro de su realización, lo que, en principio, se evita mediante la fijación horaria, haciendo imposible su manipulación...” (STS nº 629/2011, de 23 de junio).

En relación con las peticiones de pruebas periciales informáticas sobre el sistema SITEL es especialmente interesante la STS nº 722/2012, de 2 de octubre, que declara que “cuando el Juez ordena una intervención telefónica no impone la utilización de ningún sistema, sino que autoriza los más avanzados o los que en un momento dado utilice la policía judicial, siempre que ofrezcan plenas garantías, como sucede con el sistema SITEL...que es el que se ha incorporado con carácter general en nuestro ordenamiento...En consecuencia, si la doctrina jurisprudencial ya ha estimado que, con carácter general, el sistema SITEL ofrece suficientes garantías para la validez probatoria de las intervenciones que lo utilicen, y teniendo en cuenta que es el sistema de uso habitual en todos los procedimientos judiciales, resulta innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática para conocer o acreditar las características básicas del sistema, en todos y cada uno de los juicios que se celebran en los Tribunales españoles en los que se aporten como prueba dichas intervenciones, por lo que la decisión del Tribunal sentenciador denegando la prueba propuesta por considerarla superflua con cita expresa de nuestra doctrina jurisprudencial fue correcta y razonable, y debe de ser confirmada”.

Debe tenerse presente que como ha declarado el TS “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”(STS nº 565/2011, de 6 de junio). Los Sres. Fiscales deberán velar porque se destruyan en ejecución de sentencia las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL.

8. Identificación de IMEI e IMSI

El término IMSI (International Mobile Subscriber Identity), como el similar IMEI (International Mobile Equipment Identity) designan un código de identificación único para cada dispositivo de telefonía móvil, representado por una serie de algoritmos, que se integra en la tarjeta SIM y que permite su identificación a través de las redes GSM y UMTS, el cual está formado por el código del país concernido - que se compone de tres dígitos-, el código de la red móvil - compuesto de dos dígitos-, y un número de diez dígitos que contiene la identificación de la estación móvil, pero que no contiene el número concreto del teléfono del abonado.

Tanto el IMEI como el IMSI carecen de capacidad de información sobre la identidad del usuario, teniendo valor probatorio únicamente si se asocia a otros datos en poder de las operadoras.

La captación de tales números a efectos de investigación penal es posible mediante un escaneado o barrido realizado a través de instrumentos electrónicos que detectan aquellos siempre que se actúe en un determinado radio de acción en el que se encuentra el terminal telefónico. Su captación se realiza, por tanto, como consecuencia de un seguimiento dirigido específicamente frente a un individuo o individuos determinados.

Con posterioridad a la captación, una vez obtenido el correspondiente código identificativo, es necesaria la obtención del número comercial del teléfono, en posesión de la prestadora del servicio de telecomunicación. Tanto con el IMSI como con el IMEI se dispone de información suficiente como para poder solicitar la autorización judicial de identificación por el operador de los números de teléfono (o MSISDN) que corresponden a tales datos, y la correspondiente intervención de las conversaciones.

Ni el IMSI, ni el IMEI por sí solos, son datos integrables en el concepto de comunicación.

En cuanto a la obtención de los IMSI el TS tiene declarada la legitimidad de que sea la propia policía la que los obtenga por sí misma y por sus medios técnicos en la medida que con ellos se desconoce incluso el número telefónico concernido, y las llamadas que pudieran recibirse y efectuarse, y, por supuesto se desconoce igualmente las conversaciones (SSTS nº 1115/2011,

de 17 de noviembre, 79/2011, de 15 de febrero; 249/2008, de 20 de mayo; 776/2008, de 18 de noviembre).

Sin embargo, no puede la Policía solicitar tal información de las operadoras. La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos de las Comunicaciones Electrónicas, incluye en el art. 3.1 dentro de su ámbito de aplicación los datos IMSI e IMEI para cuya cesión resulta exigible la misma regla impuesta para el resto de los datos a los que se refiere, esto es, la preceptiva autorización judicial. En estos casos habrá de solicitarse mandamiento judicial. Es precisa, pues, autorización judicial para la cesión del IMSI y del IMEI por las operadoras, no porque se integren dentro del arco protector del secreto de las comunicaciones sino porque la Ley 25/2007, de 18 de octubre así lo exige.

Paradigmática resulta en este sentido la STS nº 249/2008, de 20 de mayo que tras constatar que todas las conversaciones intervenidas lo fueron en virtud de autorización judicial, advierte que “no sucedió lo propio con la captación del IMSI, obtenido por los agentes de la Guardia Civil mediante la utilización de un escáner en las proximidades del usuario. Una vez lograda aquella serie alfanumérica, se instó de los respectivos operadores -ahora sí, con autorización judicial- la identificación de los números de teléfono que se correspondían con esos IMSI y su consiguiente intervención... A partir de esos datos, resulta obligado plantearse si la numeración IMSI, ajena al contenido de la comunicación propiamente dicho, encierra una información adicional que, pese a su carácter accesorio, se halle tan íntimamente ligada al secreto de lo comunicado que también merezca convertirse en objeto de protección constitucional...la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más...una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. La información incorporada a la numeración IMSI es, sin duda alguna, un dato, en los términos de la legislación llamada a proteger la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática (art. 18.4 de la CE)... Aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia de autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI...hemos de cuestionarnos si el acceso a ese dato -no su cesión- puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin necesidad de autorización judicial previa... la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional... En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia”.

En este mismo sentido, la STS nº 776/2008, de 18 de noviembre señala que la Ley 25/2007 se refiere únicamente a la «cesión» de los datos conservados en los correspondientes ficheros automatizados y que, en todo caso, no alude expresamente a su recogida por la Policía Judicial al margen de los mismos, ni tampoco cabe desconocer que dicha averiguación, cuando se lleva a cabo en el marco de una investigación criminal relativa a un delito de especial gravedad...difícilmente puede considerarse que suponga una indebida y desproporcionada restricción de un derecho fundamental y que, por ello, suponga una vulneración constitucional con sus lógicas consecuencias.

9. Investigación del IP

Una dirección IP es una etiqueta numérica que identifica a una interfaz (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (habitualmente un ordenador) dentro de una red que utilice el protocolo IP (Internet Protocol), que corresponde al nivel de red del protocolo TCP/IP. El IP no identifica por sí al usuario.

El principio básico es el de que no se precisa autorización judicial para conseguir lo que es público. El Tribunal Supremo considera que estos datos no se encuentran protegidos ni por el art. 18.1 CE, ni por el art. 18.3 CE (SSTS nº 292/2008, de 28 de mayo; y 776/2008, de 18 de noviembre).

Tras la averiguación del IP, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quién sea la persona que tiene asignado ese IP se deben llevar a cabo bajo control judicial.

Debe, no obstante, tenerse presente una matización: la jurisprudencia distingue por un lado los casos de rastreo policial del espacio público y por otro lado los supuestos en los que para acceder a una información sobre IP es necesario oficiar a una operadora. En este último supuesto, sí debe considerarse necesario obtener autorización judicial conforme a las previsiones de la Ley 25/2007 (SSTS nº 292/2008, de 28 de mayo, 236/2008, de 9 de mayo, nº 680/2010, de 14 de julio).

Aquí de nuevo la exigencia deriva del mandato legal contenido en la Ley 25/2007, pese a que el dato no pueda cobijarse bajo el manto protector del secreto de las comunicaciones.

Los rastreos policiales para localizar direcciones IP pueden por tanto realizarse sin necesidad de autorización judicial, ya que no se trata de datos confidenciales preservados del conocimiento público.

10. Correo electrónico

El correo electrónico es un medio de comunicación y los concretos mensajes de correo electrónico, son actos de comunicación.

Puede decirse ya que existe una *communis opinio* en orden a considerar al e-mail como un medio asimilable al teléfono, a efectos de aplicarle idénticas garantías procesales penales. También por analogía le será aplicable a las intervenciones de correo electrónico el plazo de las intervenciones telefónicas. A estos efectos, como gráficamente se ha señalado, el e-mail es más “electrónico” que “correo”. La tesis de la asimilación al teléfono se refuerza si se repara en el soporte o la vía por la que discurren los contenidos: la propia línea telefónica.

La otra alternativa, aplicarle al correo electrónico el régimen jurídico de la intervención de la correspondencia es difícilmente asumible. Baste reparar en que sería necesario citar al interesado para acceder a su contenido, lo que obviamente conduciría al truncamiento de la diligencia.

A estos efectos debe aplicarse el mismo régimen a las diversas modalidades de mensajería instantánea (*instant messaging*) cuyo uso generalizado ha colocado a este medio en pieza esencial en las comunicaciones interpersonales (v.gr. *whatsapp* o *messenger*).

El acceso a un correo electrónico que aún no ha sido leído por su receptor, con independencia del momento concreto del proceso de comunicación en que se encuentre (ya esté escrito y almacenado en el ordenador personal, o en el terminal telefónico pendiente de ser enviado a su destinatario final, o enviado y recibido pero aún no leído), pero siempre durante dicho proceso, supone sin duda una injerencia en el secreto de las comunicaciones.

No es tan claro el tratamiento a dar al acceso al contenido de un correo ya leído por el receptor. Se ha defendido que estos correos quedan fuera del ámbito del art. 18.3 CE, toda vez que se entiende concluido el proceso de comunicación, quedando sólo protegidos por el derecho a la intimidad (vid. en este sentido en relación con el correo ordinario STC nº 70/2002, de 3 de abril).

En todo caso, dado lo difícil de deslindar uno y otro tipo de correo, razones de prudencia deben llevar a solicitar la autorización judicial para acceder a cualquier mensaje enviado por correo electrónico. Esta conclusión se refuerza por el hecho de que el TC ha otorgado protección a los datos externos del proceso comunicativo aunque el mismo hubiera ya concluido. Si se protegen los datos externos del proceso comunicativo concluso, con más razón habrá de otorgarse protección al contenido de la comunicación finalizada.

Ya la propia Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/1999, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones declaraba que “la inmunidad constitucional no sólo previene la interceptación o captación en tiempo real sino cualquier forma de conocimiento antijurídico del contenido del mensaje o de las circunstancias significativas de la comunicación, aunque se produzca fuera del contexto temporal de la conexión”.

Recordemos que el correo electrónico debe integrarse no tanto por las garantías de la intervención de la correspondencia cuanto por las garantías de la intervención telefónica.

La intervención de correo electrónico exige que la resolución judicial especifique las concretas cuentas de correo electrónico afectadas, no siendo una buena práctica la de reseñar la línea telefónica habitualmente utilizada por el sujeto pasivo de la medida, ya que el mismo puede acceder a su cuenta o cuentas de correo electrónico a través de otras líneas.

11. Acceso a otros datos de comunicaciones conservados por las operadoras

Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones “la Ley es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que, especialmente, se articula a través de dos garantías: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa”.

La Ley enumera en su art. 3, de manera precisa y detallada, el listado de datos que quedan sujetos a la obligación de conservación en el marco de las comunicaciones por telefonía fija, móvil o Internet.

La Ley 25/2007 incluye dentro de su ámbito de aplicación los datos necesarios para identificar el origen y destino de la comunicación, así como la identidad de los usuarios o abonados de ambos (nombre y dirección), los que permiten determinar el momento y duración, el tipo de servicio y el equipo de comunicación utilizado por los usuarios que, cuando se trate de un equipo móvil, también abarcará los datos necesarios para su localización. De esta manera, recoge un concepto más amplio de datos, que exceden de lo que tradicionalmente se ha considerado datos externos a la comunicación amparados por el art 18.3 CE. En todo caso, la cesión de tales datos por las operadoras se subordina conforme al art. 1.1 a “la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales”. En definitiva, con el marco jurídico vigente, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho delictivo que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras impondrá de forma incuestionable autorización del Juez de Instrucción.

Debe en este punto recordarse que conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2010 “es necesaria la autorización judicial para que los operadores que prestan servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación cedan los datos generados o tratados con tal motivo. Por lo cual, el Ministerio Fiscal precisará de tal autorización para obtener de los operadores los datos conservados que se especifican en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre”.

Por otra parte, la Ley 25/2007 introduce confusión al restringir la posibilidad de cesión a la averiguación de delitos graves. Una interpretación *ad pedem litterae*, conforme al concepto de delito grave contenido en el art. 33 CP podría dejar impunes múltiples delitos cometidos por Internet o telefonía.

Una interpretación teleológica ha de llevar al entendimiento de que la gravedad debe definirse en atención a las circunstancias concretas del hecho, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad, de conformidad con la jurisprudencia recaída en relación con los delitos susceptibles de ser investigados mediante intervenciones telefónicas (vid. epígrafe 14.-).

Una interpretación sistemática conduce a la misma conclusión: ningún sentido tendría imponer mayores restricciones a la cesión de datos externos que al acceso al contenido de lo comunicado.

Desde la perspectiva de los antecedentes, debe recordarse que la Ley 25/2007 se promulga para transponer la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre conservación de datos generados y tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de

comunicaciones. Esta Directiva, en su art. 1 también limita el acceso a los datos a la investigación de delitos graves, pero sin definir ni delimitar tal concepto, sino dejando su desarrollo al criterio de los Estados. Limitar el ámbito de la Ley a los delitos graves tal y como se definen en los arts. 13 y 33 CP supondría en realidad frustrar tanto la finalidad perseguida por la Directiva 2006/24/CE como el objetivo de la Convención sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, que es precisamente posibilitar la investigación de los delitos que se sirven de las tecnologías de la información y la comunicación.

Es no obstante constatable que la opción de nuestro Legislador ha dado pie a interpretaciones que siguiendo el tenor literal del precepto, restringen el acceso a los delitos graves tal y como se definen en los arts. 13 y 33 CP (vid. ad exemplum AAP Barcelona secc. 3ª nº 363/2012, de 26 de marzo). Ni que decir tiene que seguir esta interpretación supone cortar de raíz la posibilidad de investigar conductas que utilizando tecnologías de la información y la comunicación y teniendo gran trascendencia social, no alcanzan por la penalidad asignada el rango de delito grave.

Por ello, al margen de que los Sres. Fiscales defiendan de lege data la interpretación superadora de la literalidad del precepto, es a todas luces aconsejable de lege ferenda la modificación de la Ley 25/2007 para sustituir la expresión “delito grave” por otra que delimite el perímetro de aplicación de la Ley en términos más amplios y razonables.

12. Otras vías de comunicación a través de Internet

Existen otros medios en Internet, como los chats o foros, que permiten comunicarse a varias personas simultánea y públicamente, en tiempo real.

En estos casos, cuando las conversaciones o comunicaciones son accesibles para cualquier usuario de Internet, las mismas no pueden tener la consideración de conversaciones privadas. Por ello, estas modalidades no pueden considerarse comprendidas dentro del ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que no precisan de autorización judicial para su grabación u observación.

Distinto habrá de ser el tratamiento de los supuestos en los que se use la opción de comunicación bidireccional cerrada entre dos usuarios, pues en estos casos, conforme a la propia naturaleza del acto comunicativo, deben activarse de nuevo las garantías del art. 18.3 CE.

La apertura de archivos de un disco duro o de unidades externas tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones. Se considera más bien el cuerpo de los delitos informáticos. Por ello no es en todo caso imprescindible la autorización judicial, a salvo, como se expuso supra, el acceso a correos electrónicos.

Los documentos no integrados en un proceso de comunicación y almacenados en archivos informáticos bien en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, tendrían la consideración de simples documentos y, por tanto, sólo resultarían, en su caso protegidos por el derecho a la intimidad (STS nº 782/2007, de 3 de octubre). Por ello los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden, sin autorización judicial, intervenir un soporte magnético o electrónico, como, por ejemplo, la lectura de un disco duro, aun cuando su contenido material pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, si se aprecian razones de urgencia y se persigue un interés constitucionalmente legítimo con base en la habilitación legal para dicha actuación reconocida en los arts. 282 LECrim y 11.1 LO 2/1986 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y 547 LOPJ. En este sentido, vid. STC nº 173/2011, de 7 de noviembre, en relación con la investigación de un delito de pornografía infantil. Esta doctrina sería también aplicable a las unidades de almacenamiento externo, PDA y asimilados.

13. Presupuestos de la intervención

13.1. Cobertura legal

Las actividades de investigación que puedan afectar al secreto de las comunicaciones exigen, conforme al art. 8 CEDH, previsión legal.

El Tribunal Constitucional ha señalado que “toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas... precisa una habilitación legal” (SSTC nº 49/1999, de 5 de abril, y 184/2003, de 23 de octubre).

Las insuficiencias de nuestro actual marco legal han sido puestas de manifiesto reiteradamente tanto por el TC (SSTC nº 26/2006, de 30 de enero, 184/2003, de 23 de octubre, 49/1999, de 5 de abril) como por el TEDH (SSTEDH de 18 de febrero de 2003, Prado Bugallo contra España y de 30 de julio de 1998, Valenzuela Contreras contra España).

En este contexto de indigencia legislativa, la jurisprudencia del TC y del TS, estableciendo exigencias y garantías y colmando lagunas adquiere, si cabe, mayor trascendencia.

13.2. Fin legítimo

El art. 8.2 CEDH señala expresamente los objetivos o fines que puede perseguir la medida que constituya una injerencia en el derecho, para considerarse admisible.

Estos fines son: la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La finalidad de la lucha contra el delito, prevista por la parca regulación contenida en la LECrim es, sin duda, cobertura adecuada para dar por cumplimentado este requisito.

13.3. Concurrencia de indicios

13.3.1. Indicios de la existencia del delito

Se exige que concurren indicios de criminalidad sobre la persona a la que va a afectar la medida limitadora del derecho fundamental, partiendo lógicamente de que se trata de recabar pruebas sobre el delito que se está investigando, de hacer acopio de elementos incriminadores de los que hasta ese momento se carece.

Como atinadamente expresa la STS nº 926/2007, de 13 de noviembre lo exigible en esta fase no es, desde luego, la aportación de un acabado cuadro probatorio.

Pero sí que se pongan a disposición del juez aquellos elementos de juicio en virtud de los cuales la policía ha podido llegar, de forma no arbitraria, a la conclusión de la necesidad de implantar una medida tan grave.

Los indicios deben apuntar a que se ha cometido un delito y a que la persona que va a sufrir la limitación de sus derechos puede ser penalmente responsable del mismo. Deben concurrir por tanto datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo.

El Instructor ha de sopesar el grado de probabilidad que se deriva de los indicios.

Sólo cuando éste adquiera ciertas cotas que sobrepasen la mera posibilidad, estará justificada la injerencia. No basta una intuición policial; ni una sospecha más o menos vaga; ni deducciones basadas en confidencias. (STS nº 658/2012, de 13 de julio).

Los indicios que se exigen son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento (STC nº 26/2010, de 27 de abril, STS nº 1592/2003, de 25 de noviembre). Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las investigaciones meramente prospectivas, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las hipótesis subjetivas y a las meras suposiciones y conjeturas, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la

base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC nº 26/2010, de 27 de abril, 5/2010, de 7 de abril, 197/2009, de 28 de septiembre y 253/2006, de 11 de septiembre).

Los indicios han de contar con cierto fundamento de investigación identificable y susceptible de ulterior contrastación, que es lo que los distingue de las «meras hipótesis subjetivas» (STS nº 926/2007, de 13 de noviembre).

La resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo (SSTC nº 25/2011, de 14 de marzo; 197/2009, de 28 de septiembre 70/2010, de 18 de octubre, 167/2002, de 18 de septiembre, 184/2003, de 23 de octubre).

Pero no se puede confundir que se requieran datos para ordenar la injerencia, a que desde el primer momento queden ya cumplidamente probados los hechos que precisamente se van a comenzar a investigar (STS nº 157/2010, de 5 de febrero y 184/2010, de 8 de marzo). Se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (STS nº 1240/1998, de 27 noviembre, y STS 1018/1999, de 30 setiembre), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios (STS nº 740/2012, de 10 de octubre).

Debe quedar claro que no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad propios de la adopción del procesamiento (SSTS nº 77/2007, de 7 de febrero; 301/2004, de 5 de marzo, 1040/2004, de 23 de septiembre y 1080/2004, de 6 de octubre).

Es en este punto interesante la STS nº 658/2012, de 13 de julio, que expone cómo “algunas conductas externas (maniobras con un vehículo, recogida de paquetes, relación con ciertos ambientes, posesión de muchos vehículos) pueden obedecer a mil razones diferentes la mayoría de las cuales no guardan la más mínima relación con una actividad delictiva. Pero cuando confluyen varias de ellas y adquieren plena coherencia y explicación si se ponen en relación con las informaciones confidenciales que la policía relata haber recibido, éste no es un dato neutro: es un indicio más que adquiere mayor valor por esos puntos de confirmación”.

13.3.2. Informaciones anónimas

La doctrina sobre las informaciones anónimas y las intervenciones telefónicas se ha venido acuñando desde la STS nº 1149/1997, de 26 de septiembre. Conforme a esta resolución la confidencia puede utilizarse como medio de investigación, pero ni tiene acceso al proceso como prueba de cargo ni puede valer como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales.

Esta resolución dejaba a salvo “supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad”.

Esta doctrina, en su esencia, se ha mantenido (vid. ad exemplum, STS nº 834/2009, de 29 de julio).

La policía no tiene que revelar la fuente inicial de investigación cuando se trata de un confidente (SSTS nº 121/2010, de 12 de febrero, 834/2009, de 29 de julio) pues ello “podría provocar venganzas y represalias contra los terceros informantes, a la vez que privaría a la policía de un medio de investigación legítimo y valioso, al desalentar cualquier propósito colaborador de la ciudadanía en la lucha contra la delincuencia” (STS nº 751/2006, de 7 de julio). En ese caso esa no puede ser la única base para una medida restrictiva de derechos. Por tanto, una información confidencial en la que permanezca anónima la fuente no constituye nunca una base suficiente por sí sola para acordar una intervención telefónica puesto que el juez al decidir no puede hacer dejación de las funciones que le atribuye la Constitución para ser él quien pondere la suficiencia de los indicios haciéndolas descansar en el puro criterio policial. Si el Juez no tiene posibilidad de acceder a la fuente, carece de un elemento imprescindible para decidir. El juicio sobre la fiabilidad de la fuente no puede estar exclusivamente en manos de la policía (STS nº 658/2012, de 13 de julio).

Las SSTS nº 457/2010, de 25 de mayo y 1151/2010, de 17 de diciembre precisan que “un anónimo no es por sí mismo fuente de conocimiento de los hechos que relata, sino que en

virtud de su propio carácter anónimo, ha de ser objeto de una mínima investigación por la Policía a los efectos de corroborar, al menos en algún aspecto significativo, la existencia de hechos delictivos y la implicación de las personas a las que el mismo se atribuye su comisión... Igualmente, no será suficiente, por regla general, con la mención policial que se limita a justificar la petición en alusión a «fuentes o noticias confidenciales». Si la confidencialidad está en el origen de la noticia policial de la perpetración delictiva para justificar la medida, habrá de ir acompañada de una previa investigación encaminada a constatar la verosimilitud de la imputación, investigación añadida y constatación que habrán de estar reseñadas en el oficio policial y que habrán de venir referidas tanto al indicio del delito como de su atribución a la persona a la que va a afectar la medida. En el mismo sentido, SSTS nº 248/2012, de 12 de abril y 210/2012, de 8 de marzo.

No debe sin embargo desecharse el valor de las informaciones confidenciales, que pueden desencadenar una investigación policial y que “si a raíz de ella se obtienen datos que les confieren credibilidad pues son coherentes con lo relatado por el informador, y cobran una explicación lógica desde la hipótesis suministrada confidencialmente; no cabe hacer abstracción de esas informaciones anónimas como si no existiesen. Cuando lo que han transmitido parece confirmarse a través de la obtención de otros datos habrá que valorar aquéllas y éstos. Es decir el dato objetivo aportado por la policía de que un confidente ha señalado a determinadas personas como implicadas en actividades de distribución de cocaína, es también valorable, aunque insuficiente por sí solo, a estos efectos. No puede orillarse que la investigación se inicia no por intuiciones policiales sino por informaciones dadas por quien aportó además algunos datos concretos como se expresa en el oficio inicial. La credibilidad de esas informaciones recibidas se ve reforzada y apuntalada por la comprobación de que en efecto hay signos externos objetivos que sugieren claramente relaciones con una actividad delictiva ilícita y lucrativa” (STS nº 658/2012, de 13 de julio).

Por tanto, la confidencia puede cumplir una doble función: ser el desencadenante de la investigación y además un dato complementario de una base indiciaria plural (STS nº 658/2012, de 13 de julio y 834/2009, de 29 de julio).

Confidencia, investigación añadida y constatación habrán de estar reseñadas en el oficio policial (SSTS nº 25/2008, 29 de enero, 1047/2007, 17 de diciembre, y 77/2007, de 7 de febrero).

Finalmente el TS ha declarado que «no es preciso que la fuerza policial explique cuáles fueron las concretas actuaciones, averiguaciones o pesquisas que le pusieron en la pista para la obtención de los elementos indiciarios aportados a la consideración del juez. En las cuatro densas hojas que integran el oficio policial petitorio de la medida se habla de "conocimiento a través de fuentes propias de información", de "vigilancias o seguimientos", de "datos aportados por los vecinos de los inmuebles investigados", etc.» (STS nº 751/2006, de 7 de julio).

13.3.3. Argumentaciones improcedentes

13.3.3.1. Interdicción de argumentaciones tautológicas

Es insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser (STS nº 1086/2011, de 19 de octubre; SSTC nº 165/2005, de 20 de junio; 259/2005, de 24 de octubre; 253/2006, de 11 de septiembre).

Los datos facilitados por la policía deben tener una objetividad suficiente que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura (STS nº 732/2012, de 1 de octubre).

El hecho de que en el auto se concreten con precisión el delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de la intervención no basta para suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación (SSTC nº 253/2006, de 11 de septiembre; 259/2005, de 24 de octubre).

El hecho en que el presunto delito puede consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser

la misma cosa. Es decir, ni la solicitud de autorización de un control de conversaciones telefónicas ni, obviamente, el auto judicial que decidiera establecerlo pueden operar mediante una argumentación tautológica o circular; o lo que es lo mismo, teniendo por todo apoyo la afirmación insuficientemente fundada de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar. Así, no basta sostener, por más énfasis que se ponga en ello, que se está cometiendo o se va a cometer un hecho punible, aunque fuera gravísimo, para que resulte justificada -necesaria-, sólo por esto, la adopción de una medida de investigación invasiva del ámbito del derecho fundamental del art. 18.3 CE (STS nº 926/2007, de 13 de noviembre).

Decir indicios es hablar de noticia atendible de delito, de datos susceptibles de valoración, por tanto, verbalizables o comunicables con ese mínimo de concreción que hace falta para que una afirmación relativa a hechos pueda ser sometida a un control intersubjetivo de racionalidad y plausibilidad. De otro modo, el juez no podría formar criterio -que es lo que la ley demanda- para decidir con rigor, en atención al caso concreto y de manera no rutinaria, acerca de la necesidad de la medida que se solicita. Lo que la ley impone al juez que conoce de una solicitud de esta índole no es la realización de un acto de fe, sino de un juicio crítico sobre la calidad de los datos ofrecidos por la policía, que -es obvio- debe trasladarle toda la información relevante de que disponga (STS nº 926/2007, de 13 de noviembre).

No es suficiente que quien solicita la medida comunique que ha practicado una investigación y que exponga a continuación sus conclusiones. Por el contrario, es preciso que comunique el contenido de aquella en su integridad, identificando las diligencias practicadas y los datos objetivos relevantes alcanzados como su resultado (STS nº 740/2012, de 10 de octubre).

13.3.3.2. Interdicción de argumentaciones prospectivas

El secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC nº 26/2010, de 27 de octubre; 49/1999, de 5 de abril; 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 261/2005, de 24 de octubre).

13.3.4. Convalidación de la intervención

La falta de los datos indispensables en el oficio policial (investigación previa realizada, resultado provisional, concreción del delito que se investiga, personas a investigar, teléfonos a intervenir y el plazo de intervención) no puede ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC nº 253/2006, de 11 de septiembre; 165/2005, de 20 de junio; 259/2005, de 24 de octubre), pues es claro que se trata de un juicio ex ante (STS nº 658/2012, de 13 de julio).

13.3.5. Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial

En caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de la exigencia legal de aportación de indicios es improcedente denegar sin más la diligencia solicitada por la Policía. Los Sres. Fiscales promoverán que por el Juez de Instrucción se oficie a la Policía a fin de que proceda a una ampliación de los datos. La mayoría de las veces, un defecto semejante podrá resolverse mediante la realización de una simple comparecencia. Esta atinada solución práctica es expresamente propuesta por el TS (vid. STS nº 926/2007, de 13 de noviembre).

13.3.6. Identificación del terminal a intervenir

La identificación del terminal o terminales objeto de injerencia ha pasado a ser un componente esencial de cualquier título habilitante; su omisión, como nos advierte la STS nº 201/2006, de 5 de marzo, podría dar lugar a la apreciación de un vicio en el título de raigambre constitucional, con potencialidad de extender su fuerza anulatoria a todas las pruebas directas y derivadas relacionadas con la información obtenida del contenido de las comunicaciones interceptadas.

Debe, pues, determinarse con precisión el número o números de teléfono que han de ser intervenidos (SSTC nº 26/2010, de 27 de octubre; 259/2005, de 24 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo).

Es frecuente la alegación de que la policía no indicó cómo obtuvo el n° de teléfono.

Esta alegación carece de trascendencia. En este sentido pueden citarse las SSTS n° 1161/2011, de 31 de octubre, 1078/2011, de 24 de octubre y la 940/2011, de 27 de septiembre.

Es también frecuente que se alegue ilegitimidad en el procedimiento empelado por la Policía para identificar el número telefónico del sospechoso, sin aportar ningún indicio de ilegitimidad. Tal alegación debe ser rechazada sin mas, existiendo una copiosa doctrina de nuestros tribunales en el sentido de que no es exigible que la Policía acredite no haber infringido derechos fundamentales salvo que se ofrezcan indicios de ilegitimidad en la obtención de la información. No es admisible extender una presunción de ilegitimidad a toda actividad policial (SSTS n° 85/2011 de 7 de febrero, 1003/2011 de 4 de octubre, 509/2009 de 13 de mayo; 309/2010, de 31 de marzo). No es preciso acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, ya que es exigible a los poderes públicos que justifiquen que la restricción de un derecho fundamental se ha realizado con respeto a las reglas, pero no lo es que demuestren que no lo han hecho (SSTS n° 207/2012, de 12 de marzo; 509/2009, de 13 de mayo; 309/2010, de 31 de marzo; y 862/2010, de 4 de octubre).

La validez constitucional de las escuchas no depende de la constancia documentada de los términos en los que fueron obtenidos los números de teléfonos sujetos a observación (STS n° 751/2012, de 28 de septiembre).

La STC n° 25/2011 de 14 de marzo declara, además que en todo caso la vulneración del derecho a la intimidad al obtener la titularidad y el número del teléfono móvil sería una injerencia en la intimidad de carácter leve “que, con arreglo a nuestro canon constitucional podría considerarse proporcionada al constituir un medio idóneo para un fin legítimo”.

Por otra parte, es admisible acordar la intervención sobre teléfonos públicos, adoptando medidas para evitar la intromisión en comunicaciones de personas ajenas a la investigación. La STS n° 467/1998, de 3 abril declara al respecto que carece de fundamento la objeción de haberse pinchado un teléfono público, dado que era precisamente el mismo el utilizado por los acusados y a cuyo través adoptaban acuerdos y formulaban instrucciones....lo cierto es que la Juez de Instrucción fue sumamente cautelosa al respecto, cual exigían las propias connotaciones de la línea a interceptar, ordenando que en la medida de lo posible, la observación no alcanzara a personas no sometidas a investigación. Y a ello atendió la Fuerza instructora del atestado, efectuando periódicas y discretas vigilancias por los alrededores del bar y avisando mediante equipos portátiles a sus compañeros cuando los investigados entraban en el establecimiento, en orden a que prestaran atención a la eventual conversación que pudiera producirse de forma inminente. Bien resulta el exquisito control judicial eliminando las conversaciones de aquellas personas a quienes no afectaba el auto de intervención. En la misma línea, vid. STS n° 787/1994, de 18 de abril.

13.3.7. Identificación del titular del terminal

La previa identificación del titular de un número que luego resulta intervenido, no es indispensable para la legitimidad de la injerencia (SSTS n° 493/2011, de 26 de mayo y 309/2010, de 31 de marzo).

Como declara la STC n° 150/2006, 22 de mayo “a la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía -por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos- esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas”.

En efecto, de la jurisprudencia constitucional “no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir”, siendo lo relevante para

preservar el principio de proporcionalidad “la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas”. (SSTS nº 712/2012, de 26 de septiembre, 751/2012, de 28 de septiembre, 309/2010, 31 de marzo y 493/2011, 26 de mayo).

El teléfono intervenido “puede ser el del que corresponda como titular a la persona procesada o contra la que existan indicios graves de criminalidad o también en relación con el que, más o menos habitualmente lo utilice” (ATS 18 de junio de 1992). Se podrán intervenir teléfonos de los que sean titulares personas distintas de las investigadas como es el caso de supuestos en los que existen fundadas sospechas de que los investigados utilicen teléfonos de familiares o allegados precisamente para intentar esquivar posibles intervenciones. Para la STS nº 606/1994, de 18 de marzo “obvio resulta...la posibilidad de intervención de teléfono de persona no imputada, ni , en principio , objeto de sospecha de una intervención directa , cuando tal teléfono es el que utiliza o del que se sirve el sujeto sobre el 66 que existen indicios de actuación criminal, para la mejor planificación y desarrollo de sus propósitos delictivos”. En el mismo sentido, SSTS nº 463/2005, de 13 de abril y 543/2002, de 25 de marzo.

Por tanto, la persona investigada no tiene que ser necesariamente titular del terminal objeto de injerencia (SSTC nº 1154/2005, de 17 de octubre, 934/2004, de 15 de julio; 463/2005, de 13 de abril y 918/2005, de 12 de julio).

El TS admite la intervención en supuestos en los que el único dato fiable para la identificación personal del sujeto investigado no va más allá de su sobrenombre, o determinados rasgos físicos (STS nº 832/2001, de 14 de mayo) o el lugar donde reside, con o sin identificación del propietario de la vivienda donde se encuentra ubicado el terminal de telefonía fija (SSTS nº 606/1994, de 18 de marzo; 768/1995, de 14 de junio, y 1052/1998, de 21 de septiembre).

Tampoco ha de considerarse en todo caso relevante el error sobre el titular del teléfono o el usuario del mismo cuando la línea telefónica intervenida resulta correctamente identificada (STC nº 220/2009, de 21 de diciembre y STS nº 1151/2010, de 17 de diciembre). No tiene más trascendencia la simple confusión en la identificación nominal del usuario (SSTC nº 104/2006, de 3 de abril, y 150/2006, de 22 de mayo). El ATC nº 245/2007, de 22 de mayo considera que si bien es cierto que en determinadas sentencias se ha resaltado la importancia de identificar a las concretas personas investigadas como usuarias del teléfono objeto de la intervención... apreciando globalmente la doctrina constitucional se desprende que no puede otorgarse relevancia constitucional a cualquier error en la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir. El auto analiza un supuesto en el que tras una inicial indefinición, no acerca de la persona afectada por la medida, sino sobre sus concretos datos identificadores, aparecían con precisión los hechos investigados y se especificaba el usuario del teléfono intervenido. Para el TC no cabe hacer reproche constitucional puesto que no existió equivocación alguna acerca de la persona sobre la que se centraban las investigaciones, sino exclusivamente sobre su nombre, y concurrió por tanto la necesaria conexión entre el delito investigado y el destinatario de la medida. La STC nº 104/2006, de 3 de abril considera irrelevante el error en el nombre del usuario valorando especialmente que “sólo hubo una línea de teléfono móvil intervenida, identificada en la resolución judicial de autorización por el único dato fiable existente en ese momento -su número-, dada la modalidad prepago de la tarjeta con la que funcionaba”.

La STC nº 150/2006, de 22 de mayo declara, partiendo de los avances tecnológicos en el campo de la telefonía, que tan solo será constitucionalmente exigible la aportación de los datos que resulten imprescindibles para verificar la idoneidad y rigurosa necesidad de la medida, debiendo apreciarse la suficiencia o no de los datos aportados en relación con las circunstancias concretas que concurren en el momento de autorizar la intervención.

El hecho de que la autorización se otorgue para identificar a otras personas implicadas no supone una indeterminación subjetiva que ponga en cuestión la legitimidad de la medida (ATC nº 35/2010, de 9 de marzo).

En el caso de utilización de tarjetas prepago el único medio de identificación pueden ser los números, y ello debe entenderse perfectamente admisible. La STC nº 104/2006, de 3 de abril permite la identificación de la persona concernida solamente por el único dato conocido hasta

el momento, el número de abonado de terminal de telefonía móvil, modalidad tarjeta prepago del que se tuviera conocimiento en el curso de una intervención previa. Las SSTC nº 104/2006, de 3 de abril, y 150/2006, de 22 de mayo, así como la STS nº 2026/2001, de 24 de octubre, admiten la identificación tan sólo por el número de terminal, en un momento de la investigación en el que la identidad del titular o usuario descubierto era un dato inexistente o poco fiable.

Debe en este punto recordarse que la Disposición Adicional Única de la Ley 25/2007, de 18 de octubre impone a las operadoras la obligación de la llevanza de un registro en el que conste la identidad de los clientes que adquieran una tarjeta de telefonía móvil mediante la modalidad de prepago y que las operadoras deben ceder los datos en el período durante el que es obligatoria su conservación a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Cuerpos Policiales de las Comunidades Autónomas con competencia para la protección de las personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, o al personal del Centro Nacional de Inteligencia, así como a los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, cuando les sean requeridos por éstos con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos.

El TS ha llegado a admitir la intervención del teléfono de un tercero no implicado cuando se sospecha fundadamente, que puede ser utilizado para enviar o captar mensajes o mantener conversaciones cuyo contenido puede tener intereses para la investigación en marcha si bien en este caso deberá extremarse la motivación, ya que se afecta, al mismo tiempo, al derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones de personas que, en principio, no están directamente implicadas en las investigaciones en marcha (STS nº 960/1999, de 15 de junio).

Desde el ángulo opuesto, se admite también la fijación del objeto de la intervención por la identidad de la persona investigada (STS nº 1046/2002, de 3 de junio). El Tribunal Supremo justifica la proporcionalidad de la medida así acordada con el argumento de la necesidad de dar una respuesta ágil a los continuos cambios de número que las abonadas realizaban, que en ningún momento implica indeterminación de la línea realmente intervenida.

13.3.8. Momento relevante para valorar los indicios

La valoración de los indicios que fundamentan la medida ha de hacerse en un juicio ex ante.

Si por un lado el éxito de la intervención telefónica no subsana la insuficiencia de los indicios previos, a la inversa, que alguno de esos indicios existentes a priori y utilizados para la intervención luego resulten desvirtuados o pierdan potencialidad o se hayan revelado a posteriori como explicables por razones distintas, no es motivo para privar de legitimidad a la injerencia. Por eso no afecta a la validez y legitimidad del auto el hecho de que a posteriori se haya podido demostrar que algunos de los datos valorados no eran exactos. La fundabilidad del auto ha de hacerse mediante un juicio ex ante. Lógicamente muy distinta sería la solución si se tratase del manejo de datos que han sido deliberadamente deformados, o cuya inexactitud se ha ocultado. (STS nº 658/2012, de 13 de julio).

13.3.9. Utilización de la información inicial generada por un proceso para una nueva interceptación

La información inicial generada por un proceso penal puede ser con posterioridad usada para proporcionar los datos precisos para una nueva interceptación telefónica, sin que ello implique vulneración del contenido material del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (STS nº 751/2012, de 28 de septiembre).

13.3.10. Determinación de los sistemas técnicos de intervención

El Juez no tiene obligación de precisar los sistemas técnicos o los medios electrónicos a emplear por la Policía Judicial en la ejecución de la medida, por ser cuestiones ajenas y propias de los especialistas policiales (STS nº 1563/2004, de 24 de enero).

14. Necesidad en una sociedad democrática. Proporcionalidad

14.1. Reserva de la medida para los delitos de mayor entidad

El sistema constitucional, asentado sobre el equilibrio de libertades y derechos fundamentales exige limitar la interceptación telefónica a los delitos de mayor entidad. El requisito de la proporcionalidad es exigido con rigor en la jurisprudencia del TEDH (vid. 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).

Sin embargo, la LECrim no especifica los delitos susceptibles de ser investigados mediante intervenciones telefónicas. La jurisprudencia del TS ha establecido que 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, cuando lo que se persiga sea un delito grave, en el bien entendido de que no sólo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena, sino también su trascendencia y repercusión social (SSTS nº 740/2012, de 10 de octubre, 467/1998, de 3 de abril, 622/1998, de 11 de mayo).

La STC nº 104/2006, de 3 de abril en un supuesto de investigación de hechos presuntamente constitutivos de delito contra la propiedad intelectual cometidos utilizando las tecnologías de la información considera admisible la diligencia de interceptación de comunicaciones, pese a que la pena establecida para este delito (art. 270 CP) es considerada en el Código penal menos grave (art. 33.2), en base a la trascendencia social y la relevancia jurídico-penal de los hechos, pues “en el juicio de proporcionalidad de la interceptación de las comunicaciones telefónicas, además de la gravedad de la pena, del bien jurídico protegido y de la comisión del delito por organizaciones criminales, también puede ponderarse la incidencia del uso de las tecnologías de la información, pues su abuso facilita la perpetración del delito y dificulta su persecución”.

Se ha considerado que la investigación de un posible delito de robo con violencia en las personas tiene gravedad suficiente para poder acordar una intervención telefónica. La STS nº 1426/1998, de 23 de noviembre declara en relación con estos delitos que “tienen una gravedad que no ha sido puesta en duda en ningún momento. Prueba de ello es que en el derecho europeo este delito aparece, por ejemplo, en la enumeración contenida en el parágraf. 100 a 2. de la Ordenanza Procesal Alemana. Se trata, como es claro, de hechos que tienen riesgo para bienes jurídicos personales de singular importancia y que, por ello, justifican una medida como la intervención telefónica”.

El delito de blanqueo de capitales también es susceptible de ser investigado a través de esta medida pese a no ser delito grave. En este sentido declara la STS nº 960/2008, de 26 de diciembre que este delito “es en principio un delito menos grave, aunque en alguna de sus modalidades puede convertirse en grave. La lucha contra el blanqueo de capitales es hoy una de las preocupaciones preferentes de política criminal a nivel no solo europeo sino también mundial, y la dificultad de investigación por otros medios, especialmente en operaciones internacionales, con organizaciones coordinadas lo que supone altos niveles de opacidad, son criterios que deben tomarse en consideración para decidir la proporcionalidad de la medida, a lo que hay que añadir que, en este caso, dicho delito de blanqueo de capitales aparecía relacionado, en su origen, con presumibles conductas de tráfico de drogas, cuya gravedad, cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud, nadie puede cuestionar. No puede hablarse, pues, de falta de proporcionalidad de la medida”.

Se admite también la intervención telefónica en investigación de un delito de contrabando de tabaco (SSTC nº 14/2001, de 29 de enero; 202/2001, de 15 de octubre).

Del mismo modo se ha convalidado la intervención en investigación de delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (STC nº 184/2003, de 23 de octubre) con independencia de la penalidad pues “su relevancia estructural para el funcionamiento del Estado y la trascendencia social de los mismos al producir el socavamiento de la confianza de los ciudadanos en aquél y en sus instituciones, entre las cuales los partidos políticos son esencialmente relevantes en el marco de un sistema democrático y pluralista, avalan, sin duda, su gravedad”. Ya el ATS de 18 de junio de 1992 consideró de suficiente gravedad los delitos

cometidos por cargos públicos, por el importante deterioro social que implica esa falta a la confianza de los electores.

Se ha considerado que a los efectos analizados “el delito de revelación de secretos del art. 417 CP tiene una especial gravedad, pues tiene como consecuencia la frustración de la actividad de seguridad pública del Estado” (STS nº 1898/2000, de 12 de diciembre).

Igualmente se ha estimado proporcional la intervención de un teléfono en el curso de una investigación que “versaba sobre la utilización de los bancos de datos personales de un organismo oficial para venderlos a terceros a cambio de un precio” (STS nº 1194/2004, de 7 de diciembre).

También se tiene especialmente en cuenta el dato de que se investiguen organizaciones criminales (SSTS nº 960/2008, de 26 de diciembre, 1426/1998, de 23 de noviembre).

Incluso se ha convalidado una intervención ante un delito de hurto, atendiendo a las circunstancias concurrentes. La STS nº 126/2000, de 16 mayo declara al respecto que “la comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de construirse... analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción. Desde ese punto de vista no se aprecia que la medida acordada por el Juez fuera desproporcionada. En primer lugar, porque... se trató de una investigación de un delito de hurto, en cantidad de especial y cualificada gravedad...y continuado...Se aprecia por tanto que, en el momento en que los órganos judiciales adoptaron la medida, la infracción podía no ser calificada como leve. A esta misma conclusión se llega si se tienen en cuenta las especiales circunstancias concurrentes en el caso (posible infidelidad de una parte de los empleados del almacén de la empresa denunciante, y gran dimensión de la empresa) y muy especialmente la no despreciable posibilidad de continuación del hecho delictivo en curso”.

14.2. Otras derivaciones de la proporcionalidad

La diligencia está justificada cuando resulta imprescindible para recabar elementos corroboradores de un indicio o de una prueba ya obtenidas, mostrando con ello una aptitud a los fines de la investigación (STS nº 41/2010, de 26 de enero).

La proporcionalidad supone también que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre (SSTC nº 56/2003, de 24 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre y 70/2002, de 3 de abril).

La proporcionalidad también impone como expresa el ATS de 18 de junio de 1992 que la medida se prolongue “únicamente en períodos de tiempo razonables”.

15. Excepcionalidad

El principio de excepcionalidad está interrelacionado con el de proporcionalidad. La intervención telefónica no se configura como un medio normal de investigación, en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, 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 la intervención telefónica.

Ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, de la intervención telefónica (STS nº 1184/2001, de 10 de noviembre).

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 investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación. Además de la existencia de indicios de delito es preciso que el estado de la investigación haga necesaria la restricción del derecho fundamental. Los datos objetivos disponibles indican que

se debe investigar y justificarían la restricción del derecho fundamental, pero, además, ésta debe ser necesaria en el sentido de que el investigador, dado el estado de la encuesta, no pueda recurrir a otros medios menos gravosos para avanzar en aquella (STS nº 740/2012, de 10 de octubre).

En definitiva, 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 no procedería acordar una intervención telefónica.

16. Resolución judicial motivada

16.1. Resolución judicial

La Constitución Española confía en exclusiva al Poder Judicial el monopolio de la potestad de autorizar intervenciones telefónicas. Ello supone un plus garantizador que va más allá de las exigencias del CEDH. Solo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones. También consecuencia de la exclusividad judicial es la exigencia de control judicial en el desarrollo, prórroga y cese de la medida. De acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, la única solución posible prevista en el art. 18.3 CE es la plena jurisdiccionalidad de la medida, conclusión que ha tenido derivaciones tanto a través de la promulgación de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, relativa al Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, complementaria de la Ley 11/2002, de 7 de mayo, con objeto de posibilitar y asegurar la jurisdiccionalidad de la intervención de las comunicaciones realizadas a instancias del CNI, y en la Ley 25/2007, de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas, que ha reservado al Juez ordinario la competencia para la concesión de autorizaciones para el acceso a este tipo de datos.

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 con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar al derecho constitucional sin la intervención absolutamente imparcial del Juez (STS nº 248/2012, de 12 de abril).

Son excepciones a la necesidad de resolución judicial previa los supuestos tasados que expresamente admite nuestro ordenamiento. Conforme al art. 579.4 LECrim en caso de urgencia y en las investigaciones de delitos de bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes, pueden ordenar la medida el ministro del Interior o, en su defecto, el director de Seguridad de Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la intervención.

También debe mencionarse la intervención o suspensión de las comunicaciones de los reclusos, prevista en la legislación penitenciaria, que puede acordarse de forma motivada por el Director del establecimiento, dando cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria (vid. SSTC nº 106/2001, de 23 de abril y 128/1997, de 14 de julio).

En supuestos de declaración de los estados de excepción o sitio, es posible la interceptación de las comunicaciones, si resulta necesario para el esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público, pero en todo caso, se requiere que se comunique inmediatamente la misma por escrito al juez (art. 55.1 CE, LO 4/1981, de 1 de junio).

De esta forma, el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho hiperprotegido, si se compara, por ejemplo, con el derecho a la intimidad respecto del que no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial, por lo que en determinados casos se admite que la Policía Judicial lleve a cabo diligencias que supongan una injerencia leve en tal derecho (vid. ad exemplum STC nº 70/2002, de 3 de abril).

La judicialidad impone que los autos autorizantes de la medida contengan 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” (STS nº 1356/2011, de 12 de diciembre).

16.2. Resolución motivada

La garantía del monopolio jurisdiccional se completa con la exigencia de la motivación.

Las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención telefónica o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE (SSTC nº 25/2011, de 14 de marzo; 70/2010, de 18 de octubre 167/2002, de 18 de septiembre; 184/2003, de 23 de octubre; 197/2009, de 28 de septiembre).

El fundamento de esta exigencia cualificada de motivación se explica en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción (SSTC nº 26/2010, de 27 de octubre, 72/2010, de 18 de octubre, 197/2009, de 28 de septiembre, 167/2002, de 18 de septiembre).

La motivación por remisión es “una técnica jurisdiccional no modélica” pues “la autorización habilitante de la injerencia en el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones debería ser autosuficiente, sin necesidad de complemento argumental ajeno al razonamiento judicial” (STS nº 636/2012, de 13 de julio). Pero aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos, se ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC nº 25/2011, 14 de marzo; 26/2010, de 27 de octubre; 136/2006, de 8 de mayo; 26/2006, de 30 de enero, 146/2006, de 8 de mayo; SSTC nº 248/2012, de 12 de abril y 492/2012, de 14 de junio). Igualmente puede considerarse suficiente que la motivación fáctica se fundamente en la remisión al informe o dictamen del Ministerio Fiscal (STS nº 248/2012, de 12 de abril). Incluso recientemente ha declarado el TS que no es necesario “que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente lo narrado policialmente en el oficio” (STS nº 722/2012, de 2 de octubre).

Tampoco se considera incumplido el requisito de la necesidad de motivación del auto por el mero hecho de utilizar impresos o modelos en la resolución, siempre que su contenido último y completo satisfaga las exigencias del art. 120.3 CE. Las SSTC nº 166/1999 y 171/1999, ambas de 27 de septiembre, recuerdan que, aun utilizando la no recomendable forma del impreso, una resolución judicial puede estar motivada si, integrada incluso con la solicitud policial a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios a efectos de considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva.

Con carácter general y sin perjuicio de las modulaciones derivadas de las concretas circunstancias del caso, la resolución judicial motivada debe extenderse a los siguientes extremos: 1) los hechos investigados, o al menos, la parte de ellos respecto de los que es precisa la medida judicial; 2) la calificación jurídica de dichos hechos, esto es, el delito de que se trata 3) la imputación de dichos hechos y delito a la persona a quien se refiere la escucha; 4) la exteriorización de los indicios que el Juez ha de tener tanto sobre la persona como sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de delito; 5) el teléfono (o teléfonos) respecto del que se acuerda someter a escucha; 6) la relación entre el teléfono (o teléfonos) y la persona a quien se imputa el delito 7) el tiempo que habrá de durar la escucha, esto es, el plazo máximo de la intervención; 8) el período (o períodos) en los que se le debe dar cuenta al Juez del desarrollo de la escucha y de los resultados que se vayan obteniendo; 9) la persona o autoridad que solicita la medida o si se acuerda de oficio; 10) la persona o autoridad que llevará a cabo la intervención telefónica (SSTS nº 864/2005, de 22 de junio, 167/2002, de 18 de septiembre, 184/2003, de 23 de octubre).

No es sin embargo necesario hacer constar los concretos policías encargados de las escuchas (STS nº 1563/2004, de 24 de enero).

Las exigencias de motivación deben ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el

Juez conocer los resultados con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tacita o presunta a la inicialmente obtenida (STC nº 26/2010, de 27 de abril, ATC nº 141/2010, de 18 de octubre).

La resolución judicial legitimadora de la intervención debe ser un auto, no pudiendo adoptarse la medida limitativa por medio de providencia. La STC nº 181/1995, de 11 de diciembre declara que «...la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por resolución motivada, y ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues solo a través de aquella pueden conocerse y ponderarse éstas». Para el TC una providencia, aún en el caso de que por medio de ella se acuerde la prórroga de una intervención ya antes autorizada por auto y motivada, al carecer de la más mínima motivación, no respeta las exigencias mínimas constitucionales. La necesidad de auto deriva de que es la forma que deben adoptar las resoluciones judiciales que deciden cuestiones que, sin resolver en general definitivamente la cuestión criminal, van más allá de la mera ordenación material del proceso y requieren de una adecuada fundamentación por la trascendencia de su contenido.

Debe, no obstante tenerse en cuenta que en el momento inicial del procedimiento en que se acuerda no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva (SSTS nº 248/2012, de 12 de abril, 492/2012, de 14 de junio, 433/2012, de 1 de junio y 1060/2003, de 21 de julio, entre otras). La razón de no exigir esta justificación fáctica exhaustiva es clara: se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios (SSTS nº 722/2012, de 2 de octubre, 1240/1998, de 27 de noviembre, 1018/1999, de 30 de septiembre 1012/2003, de 11 de julio).

17. Especialidad

La intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe, con carácter general, delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir (SSTS nº 231/2009, 5 de marzo, 1419/2004, 1 de diciembre y STC nº 253/2006, 11 de septiembre). La necesidad de identificación suficiente del sospechoso está sometida a las modulaciones reseñadas en el epígrafe 13.-3.7 de la presente Circular.

18. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial

Debemos analizar el tratamiento a dar a los supuestos de iniciación de un proceso penal partiendo de testimonios deducidos de otra causa, sobre la base de unos indicios de delito obtenidos en el curso de una intervención telefónica previa.

El acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 declara que “en los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones – en este caso de la inviolabilidad del domicilio- es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”.

Tras iniciales vacilaciones puede considerarse asentada la jurisprudencia que defiende que «... ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben

proteger a los acusados, pueden llegar a significar que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia de los acusados no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos... La nueva causa penal, por otra parte, no puede constituir un cauce procesal idóneo para que el Juzgador examine, en todo caso y con carácter previo, la regularidad constitucional de las restricciones de los derechos fundamentales ordenadas en otro proceso, y se pronuncie sobre su validez y eficacia jurídicas, con lo que, además, se daría ocasión a posibles resoluciones jurisdiccionales contradictorias sobre el particular. Ello no puede ser obstáculo, sin embargo, para que cualquiera de las partes que pudiera tener una duda o una razón fundadas sobre la posible irregularidad o ilegalidad de las intervenciones telefónicas previas pueda instar en la segunda causa, para superar la duda o esclarecer la cuestionada legalidad de la injerencia, con las obligadas consecuencias que de ello pudieran derivarse, en su caso, para el segundo proceso, las diligencias que considere pertinentes al efecto (como sería el testimonio de particulares del otro proceso), sin olvidar, por lo demás, las exigencias inherentes a los principios de la buena fe y de la lealtad procesales en la defensa de sus legítimos intereses con la que siempre deben actuar las partes en el proceso (SSTS nº 6/2010 de 27 de enero y 406/2010 de 11 de mayo, 326/2009, de 24 de marzo, 1140/2010, de 29 de diciembre y 187/2009 de 3 de marzo)».

Como concluye la STS nº 605/2010 de 24 de junio no existen nulidades presuntas.

Aunque la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena incumbe a la parte acusadora “la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias”.

19. Aspectos procedimentales

19.1. Marco normativo

Las intervenciones telefónicas carecen de cauce procedimental, pues el art. 579 LECrim se limita prácticamente a prever la posibilidad de que se acuerde esta medida, pero sin establecer ninguna previsión sobre su ejecución, pese a la importancia de este tipo de actuaciones y su alto nivel de complejidad técnica. El TS, desde el célebre Auto de 18 de junio de 1992 ha tratado de colmar estas lagunas.

19.2. Adopción de la medida en diligencias de investigación

El TS ha considerado inadmisibles que el Fiscal pida al Juez la intervención en el seno de unas diligencias de investigación conforme al art. 5 EOMF y que simultáneamente siga con tal tramitación pues “el Ministerio Fiscal agota las posibilidades de investigación preliminar en el momento en que se dirige a la autoridad judicial o al órgano instructor para que adopte medidas de limitación de los derechos fundamentales poniendo en su conocimiento la existencia de unos hechos que presentan caracteres delictivos. Desde ese momento las facultades de investigación se traspasan al Juez instructor” (STS de 25 de mayo de 1993, rec. 2907/1991).

Por tanto, si el Fiscal que tramita unas diligencias de investigación considera necesario solicitar una diligencia de intervención telefónica, lo que deberá hacer es interesar tal intervención, judicializando simultáneamente y sin solución de continuidad sus diligencias.

19.3. Adopción de la medida en diligencias indeterminadas

En ocasiones la intervención se ha acordado en las llamadas diligencias indeterminadas. Tal proceder puede calificarse de irregularidad procesal.

La posición del Ministerio Fiscal como inspector de la instrucción y garante de la pureza del procedimiento le obliga a oponerse a la posibilidad de que la medida de intervención se acuerde en diligencias indeterminadas, debiendo exigir que se haga en el seno de alguno de los procedimientos penales previstos legalmente.

Sentado esto, no puede considerarse que el hecho de que la medida se acuerde en diligencias indeterminadas afecte a la validez de la misma, al no producir indefensión (SSTS nº 20/1996, de 28 de marzo, y 467/1998, de 3 de abril), pues lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por Juez competente. Para la STS nº 273/1997, de 24 de febrero, «si bien hubiera resultado más correcto y ortodoxo dictar el auto cuestionado en diligencias previas al no estar previstas específicamente en nuestra legislación las indeterminadas, ello no supone en modo alguno defecto invalidante, ya que cualquier infracción procesal no implica "per se" la vulneración del art. 24 CE porque el elemento habilitante de la restricción...se encuentra, no en el procedimiento donde se dicta sino en la resolución judicial que la acuerda. Basta por ello con el auto del juez con la fe del Secretario, sin que tenga que ver el que en tal etapa procesal y el específico procedimiento se califique de Previas o Indeterminadas».

Para el TC el hecho de que la decisión judicial se lleve a cabo en las denominadas diligencias indeterminadas no implica, per se, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, pues lo relevante a estos efectos es la posibilidad de control, tanto de un control inicial (ya que, aun cuando se practiquen en esta fase sin conocimiento del interesado, que no participa en ella, aquél ha de suplirse por la intervención del Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos por lo dispuesto en el art. 124.1 CE), como de otro posterior (esto es, cuando se alza la medida, control por el propio interesado que ha de poder conocerla e impugnarla)... no se quiebra esa garantía cuando, adoptada la medida en el marco de unas diligencias indeterminadas, éstas se unen, sin solución de continuidad, al proceso incoado en averiguación del delito, «satisfaciendo así las exigencias de control de cese de la medida que, en otro supuesto, se mantendría en un permanente, y por ello inaceptable, secreto» (SSTC nº 259/2005, de 24 de octubre; 49/1999, de 5 de abril; 126/2000, de 16 de mayo).

19.4. Control judicial

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 (STC nº 9/2011, de 28 de febrero, 165/2005, de 20 de junio). El control judicial, teniendo en cuenta que el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar, ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que debe ser exquisito y riguroso.

La actuación del juzgador no puede limitarse a ordenar la diligencia, delegando en la Policía las decisiones subsiguientes. Operar así desembocaría en una situación de desprotección total del sujeto sometido a escuchas. El art. 296 LECrim dispone que la policía habrá de comunicar el resultado obtenido en los plazos que en la orden o en el requerimiento se fijasen y el art. 297.3 LECrim establece que los funcionarios de la policía judicial estarán obligados a observar las formalidades legales en cuantas diligencias se practiquen, absteniéndose bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación no autorizados por la Ley.

El control judicial abarca tres extremos esenciales: 1) el seguimiento de que, en efecto, se procede al cumplimiento estricto de lo autorizado, de modo que, al margen de otras más directas actuaciones que el Instructor pueda disponer, los encargados de la realización material de las interceptaciones vienen siempre obligados a facilitar una periódica, puntual y frecuente información al Juez del desarrollo y los resultados de la tarea que se les ha encomendado, de acuerdo con lo dispuesto por el propio autorizante en su resolución; 2) la evitación de extralimitaciones en la ejecución de la diligencia acordada, tanto por exceso o prolongación innecesaria en la interceptación como por intromisión injustificada en otros ámbitos o derechos de terceros ajenos a la investigación; 3) la evitación de cualquier clase de indefensión para el sometido a la intervención, de modo que es el Juez el encargado, durante ese período, de tutelar debidamente todo lo relativo a la posibilidad posterior de su ejercicio efectivo del derecho de defensa.

Para considerar cumplido el requisito de control judicial es suficiente con que los autos de autorización y prórroga fijen periodos para que la fuerza actuante dé cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, y que el órgano judicial efectúe un seguimiento de las mismas y conozca los resultados de la investigación, que debe tener en cuenta para autorizar las prórrogas, conocimiento que puede obtenerse a través de las transcripciones remitidas y los informes efectuados por quienes la llevaban a cabo (SSTC nº 25/2011, de 14 de marzo;

72/2010, de 18 de octubre, 205/2005, de 18 de julio, 239/2006, de 17 de julio, 197/2009, de 28 de septiembre, 26/2010, de 27 de abril).

El control judicial no exige que la policía remita las transcripciones íntegras y las cintas originales y que el Juez proceda a la audición de las mismas antes de acordar prórrogas o nuevas intervenciones. Resulta suficiente el conocimiento de los resultados obtenidos a través de las transcripciones de las conversaciones más relevantes y de los informes policiales (STS nº 940/2011, de 27 de septiembre, STC nº 26/2010, de 27 de abril). Es suficiente con que conozca las vicisitudes de las intervenciones en sus datos esenciales y no en todos y cada uno de sus pormenores. Los informes de quienes están materialmente realizando las escuchas y la exposición de las conversaciones más relevantes son suficientes a tal fin, por estar siempre abierta la facultad del instructor de a la vista de tales informes exigir nuevas explicaciones o concreciones (STS nº 658/2012, de 13 de julio).

Cumplidos estos requisitos, las eventuales irregularidades en la incorporación al proceso de los soportes en los que se plasma el resultado de las intervenciones telefónicas no afectan a la exigencia de control judicial ni, por tanto, al derecho al secreto de las comunicaciones, sino en su caso, al derecho al proceso con todas las garantías contemplado en el art. 24.2 CE (STC nº 9/2011, de 28 de febrero).

En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido no forma parte de las garantías derivadas del art. 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC nº 167/2002, de 18 de septiembre; 202/2001, de 15 de octubre; 166/1999, de 27 de septiembre).

19.5. Notificación al Fiscal de la adopción de la medida

Debe partirse de que los sumarios se forman por los Jueces de Instrucción bajo la inspección directa del Fiscal (art 306 LECrim), imponiendo al instructor -ahora al Secretario judicial, a raíz de la modificación operada por la Ley 13/2009, 13 de noviembre- el deber legal de notificar al Fiscal Jefe la incoación de las diligencias de investigación (art 308 LECrim).

Con frecuencia se ha invocado con pretendidos efectos de nulidad que el auto de intervención no fue notificado al Fiscal.

El Tribunal Constitucional, en alguna resolución (SSTC nº 165/2005 de 20 de junio, 259/2005 de 29 de octubre y 146/2006 de 8 de mayo) ha considerado la falta de notificación al Ministerio Fiscal como un motivo más para declarar la vulneración del art. 18.3 CE, aunque siempre junto a otros vicios procesales más relevantes.

En la STC nº 220/2009 de 21 de diciembre se declara que «lo que nuestra doctrina ha considerado contrario a las exigencias del art. 18.3 CE no es la mera inexistencia de un acto de notificación formal al Ministerio Fiscal de la intervención telefónica -tanto del auto que inicialmente la autoriza como de sus prórrogas-, sino el hecho de que la misma, al no ser puesta en conocimiento del Fiscal, pueda acordarse y mantenerse en un secreto constitucionalmente inaceptable, en la medida en que no se adopta en el seno de un auténtico proceso que permite el control de su desarrollo y cese».

Sin perjuicio de que los Sres. Fiscales promuevan una notificación diligente y efectiva de estas resoluciones, debe tenerse presente que el TS ha reiterado que la falta de notificación al Ministerio Fiscal solo constituye una irregularidad procesal sin transcendencia respecto del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. Es importante tal notificación al Ministerio Fiscal, garante de la legalidad por imperativo constitucional; pero para la restricción del derecho a tal secreto la Constitución no exige el control del Ministerio Fiscal sobre la actuación del juzgado. El Fiscal no necesita de un acto formal de invitación al proceso. Su presencia es institucional, por más que adopte la condición de parte formal. El eficaz ejercicio de las funciones que le incumben, no puede condicionarse al hecho de que exista constancia en la causa de un acto formal de comunicación. La presencia del Ministerio Fiscal

en la fase de investigación de un proceso penal incoado para el esclarecimiento de delitos públicos no está condicionada a que el Juez de instrucción tenga a bien convocar al Fiscal para hacerle participe de las resoluciones interlocutorias que vaya adoptando. Confirma esta idea el art. 777 LECrim, que impone al instructor el deber institucional de dar cuenta al Fiscal de la incoación de las diligencias previas y de los hechos que la determinen o el art. 772 que exige de la Policía, en el momento de extender el atestado, remitir copia al Ministerio Fiscal (STS nº 636/2012, de 13 de julio).

Tampoco genera nulidad el hecho de que se constate que el Fiscal no ha ejercido sus funciones de control o supervisión. En este sentido la STS nº 636/2012, de 13 de julio declara que “el mayor o menor grado de diligencia del Fiscal en el ejercicio de las funciones de inspección del sumario que le encomienda el art. 306 de la LECrim no proyecta sus perniciosos efectos sobre la validez estructural del auto que, debidamente motivado, acordó el acto de injerencia”.

19.6. Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida

No está expresamente previsto un trámite previo al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida. Tal falta de previsión expresa no quiere decir que sea improcedente. Antes bien, es pertinente y conforme con el papel que la LECrim asigna al Fiscal como garante y protector de los derechos fundamentales. En los casos en los que se dé traslado a tales efectos los Sres. Fiscales habrán de evacuar el dictamen dentro del servicio de guardia, conforme al principio de celeridad y cumplimentando las exigencias que en cuanto a motivación le impone la Instrucción nº 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

En esta línea, la STS nº 248/2012, de 12 de abril, declara que «la Constitución sitúa al Juez en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos...por lo que en lugar de decidir "per saltum" acordando la intervención telefónica directamente a instancia de las fuerzas actuantes, debe hacerlo preferentemente previo informe debidamente motivado del Ministerio Fiscal, que ejercita la acción pública en el proceso, lo que facilitaría la decisión judicial y evitaría resultados negativos tanto para la validez de las intervenciones como para la propia responsabilidad judicial...Pero este dictamen previo no está expresamente prevenido como preceptivo por la Lecrim, por lo que su ausencia no determina la nulidad de la intervención».

También la STS nº 722/2012, de 2 de octubre declara que el modo procesalmente más correcto de actuar en estos procedimientos es el de que «el Instructor, reforzando su imparcialidad, interese dictamen del Ministerio Público antes de acordar directamente, por la mera solicitud policial, una resolución que afecta de un modo muy relevante a los derechos constitucionales del imputado, dada la condición del Ministerio Fiscal como parte acusadora en el procedimiento y por analogía con lo que sucede con las medidas cautelares restrictivas de libertad, que solo pueden acordarse a instancia de una parte acusadora».

19.7. Notificación del cese de la medida

Una vez que haya cesado la vigencia de la medida deberá comunicarse su adopción a la persona o personas afectadas en aras a que, a partir de entonces y en su caso, puedan ejercer las acciones legales que les correspondan y estimen pertinentes. De no ser así, se les privaría de obtener la tutela de sus derechos fundamentales (vid. ATS de 18 de junio de 1992). Tal obligación de notificar deriva de los derechos que le asisten al imputado el virtud de los arts. 118 y 302.2 LECrim.

Esta obligación surge una vez que la ejecución de la medida ha concluido y se ha alzado el secreto de las actuaciones, con independencia de que entonces se acuerde el sobreseimiento o la continuación de la causa.

La obligación de notificar puede tener alguna modulación en supuestos excepcionales, como el terrorismo, en que estén gravemente comprometidos los intereses generales. En este sentido se pronuncia la STEDH de 6 de septiembre de 1978, Klass contra Alemania, en base a que en estos casos “una notificación ulterior a cada individuo afectado por una medida posteriormente levantada podría bien comprometer el fin a largo plazo que motiva el origen de la vigilancia...”

En otros casos excepcionales podrá mantenerse el secreto hasta ultimar la investigación y no frustrar el interés legítimo que con ella se persigue, aunque con el inexcusable límite temporal del fin de la misma investigación. Para tales efectos será necesario mantener (con sus correspondientes prórrogas) la específica resolución en la que se acordó el secreto de las actuaciones.

19.8. Competencia del Juez de Instrucción

Es Juez de Instrucción competente para acordar la medida el propio Juez competente para conocer del proceso, salvo razones de urgencia que pudieran justificar la actuación de un Juzgado de Guardia (STS nº 1948/1994, de 4 de noviembre).

En ocasiones se alega como motivo de nulidad la infracción de las normas de reparto.

Las normas de reparto constituyen reglas o criterios internos que en los partidos judiciales y otras demarcaciones, con varios órganos de la misma clase, se establecen con la finalidad de distribuir entre ellos el trabajo. Dichos órganos deben tener la misma competencia territorial, objetiva y funcional y desde luego tales normas no sirven para establecer una competencia que inicialmente ya les corresponde, aunque sea con carácter provisional. Lógicamente tales aspectos no tienen repercusión en orden a la determinación del juez natural (STS nº 406/2007, de 4 de mayo).

El reparto sólo supone una distribución de asuntos -entre distintos órganos- que no puede afectar a su competencia objetiva y funcional y, en ningún caso, trascendería a un derecho fundamental, de tal modo que supusiera una vulneración del derecho al Juez ordinario a que se refiere el texto constitucional (STS nº 55/2007 de 23 de enero). Si el único significado de las normas de reparto es una correcta y proporcional distribución de la carga de trabajo jurisdiccional entre los diferentes órganos judiciales que comparte una única y misma competencia, nunca puede transformarse un incumplimiento de las normas que regulan ese reparto en vulneración del derecho al Juez competencialmente ordinario y por ende del derecho constitucional al juicio justo y con garantías, salvo en la exclusiva hipótesis de que se advierta la constancia de que por esa vía se ha quebrado la garantía del Juez imparcial, exigida también como otro derecho fundamental de quien es sometido a juicio (STS nº 629/2011, de 23 de junio).

20. Extensión temporal de la medida

20.1. Cuestiones relativas a la duración

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido una previsión sobre la «fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida» (SSTEDH de 30 de julio de 1998 Valenzuela Contreras contra España, y de 18 de febrero de 2003 Prado Bugallo contra España).

Las autorizaciones judiciales que restringen determinados derechos fundamentales no pueden establecer unos límites temporales tan amplios que constituyan «una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona» (STC nº 207/1996, de 16 de diciembre) o una suerte de suspensión individualizada de este derecho fundamental (STC nº 50/1995, de 23 de febrero).

El plazo de la intervención es uno de los extremos que deben hacerse constar en el auto autorizante (vid. SSTC nº 25/2011, de 14 de marzo, 261/2005, de 24 de octubre, y 219/2009, de 21 de diciembre).

En principio, la intervención puede concederse por un plazo de tres meses, prorrogable por iguales periodos, sin límite a priori. La expresión de que el plazo inicial de tres meses es “prorrogable por iguales periodos” denota claramente que se permiten, cuando sea necesario, prórrogas sucesivas. En este sentido, declara la STS nº 2102/2002, de 13 de diciembre que “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”.

Sin embargo, no es suficiente con señalar un plazo de duración dentro de los límites permitidos por la LECrim, sino que es necesario que ese plazo no sea abusivo ni desproporcionado. El art 579.3 LECrim prevé una duración máxima de tres meses, y posibilita la concesión de prórrogas por iguales períodos, pero ello no significa que el Juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal (SSTS nº 956/1994, de 9 de mayo, 467/1998, de 3 de abril, y 622/1998, de 11 de mayo).

Este plazo empezará a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial, independientemente de cuando comience a hacerse efectiva. (SSTC nº 68/2010, de 18 de octubre, 205/2005, de 18 de julio). La STC nº 26/2006, de 20 de enero asume también este criterio, explicándolo conforme al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, que llevaría a la lectura más garantista desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, esto es, “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”.

20.2. Prórroga

Las exigencias de motivación deben ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente obtenida (SSTC nº 25/2011, de 14 de marzo, 261/2005, de 24 de octubre, y 26/2010, de 27 de abril y SSTS nº 940/2011, de 27 de septiembre; 1044/2011, de 11 de octubre).

No obstante, esta necesidad de motivación debe exigirse en sus justos términos.

La propia significación gramatical del término prorrogar evoca la idea de continuar, extender algo por un tiempo determinado. De ahí que la exigencia de una renovada motivación fáctica en todas y cada una de las resoluciones que acuerdan la prórroga supone desconocer esta idea. En efecto, se prorroga aquello que ya ha sido objeto de decisión previa. Es esa primera resolución la que exige, siempre y en todo caso, la concurrencia de razones y sospechas debidamente razonadas. En las sucesivas resoluciones la legitimidad constitucional de la medida exigirá que el control judicial siga siendo efectivo, pero no que se expresen renovados presupuestos fácticos que, por definición, pueden ser los mismos que los que motivaron la inicial autorización de la injerencia (STS nº 636/2012, de 13 de julio).

En todo caso, para acordar la prórroga es necesario que el Juez cuente con datos objetivos que aconsejen el mantenimiento de la medida (STS nº 740/2012, de 10 de octubre).

Se producirá una vulneración del derecho desde el momento en que expirara la orden judicial sin ser renovada (STEDH de 20 de junio de 2000, Foxley contra el Reino Unido).

Los efectos de la extralimitación en el plazo serían los de que las escuchas de los días sin cobertura serían nulas y, por ello mismo, las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios (STC nº 26/2006, de 30 de enero y 205/2005, de 18 de julio).

Debe también tenerse presente que la prórroga ha de adoptarse antes del vencimiento del plazo pues en otro caso habría vencido la autorización, si bien la decisión de la prórroga de las escuchas unos días después de terminar el plazo de la intervención inicial, únicamente determina la inconstitucionalidad de las escuchas grabadas en los días no cubiertos por la primera autorización (STS nº 1521/1999, de 3 marzo de 2000).

Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente, el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la

ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediablemente las ulteriores de ella derivadas (por todas, SSTC nº 197/2009, de 28 de septiembre; 171/1999, de 27 de septiembre, 299/2000, de 11 de diciembre; 184/2003, de 23 de octubre; 165/2005, de 20 de junio; 253/2006, de 11 de septiembre).

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

La prolongación que se convierta en excesiva a través de prórrogas sucesivas llevaría a considerarla desproporcionada e ilegal, ya que no se observaría ni el principio de necesidad ni la mínima lesividad de la medida respecto al derecho fundamental que está siendo limitado.

Por otro lado, no es necesaria la entrega de los soportes al Juez de instrucción con carácter previo a acordar la prórroga de la medida de intervención, pues el Juez puede tener puntual información de los resultados de la intervención telefónica a través de los informes de quien la lleva a cabo (STC nº 82/2002, de 22 de abril; STS nº 636/2012, de 13 de julio). Tampoco es requisito inexcusable para conceder la prórroga la audición de las grabaciones sobre conversaciones ya grabadas a los sospechosos siendo suficiente para ello con que los funcionarios policiales proporcionen a la autoridad judicial elementos suficientes sobre los que el Juez pueda fundamentar su pronunciamiento de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. Lo trascendente, por lo tanto, es que el Juez esté debidamente informado del resultado de la investigación (SSTS nº 1086/2011, de 19 de octubre; 957/2005, de 18 de julio; 465/2005, de 14 de abril; 751/2006, de 7 de julio; 265/2007, de 9 de abril; 940/2008, de 18 de diciembre; 59/2009, de 3 de febrero).

21. Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones

Para que la diligencia de intervención telefónica sea eficaz ha de estar acompañada necesariamente del secreto de las actuaciones, como único medio de soslayar el derecho de todo imputado desde el principio, a intervenir y ejercer el derecho de defensa como concede el art. 118 LECrim (STS nº 182/2004, de 23 de abril).

De ello deriva la conveniencia de cohonestar los plazos de una y otra medida, superando las aparentes discrepancias entre los previstos para la intervención telefónica (579.3 LECrim. plazos prorrogables de tres meses) y el secreto (art. 302 LECrim, plazo de un mes). Debe aquí recordarse que desde la STC nº 176/1988, de 4 de octubre la posibilidad de acordar prórrogas en el secreto sumarial está plenamente admitida.

La no declaración de secreto, pese a poder ser considerada como irregular, no genera defectos insubsanables. En estos supuestos se trataría de una vulneración de la legalidad ordinaria sin ningún alcance constitucional que pueda viciar la validez de este medio de investigación (SSTS nº 182/2004, de 23 de abril, 9/2004 de 19 de enero y 358/2004 de 16 de marzo y STC nº 100/1995 de 11 de junio).

En este mismo sentido, la STS nº 402/2008, de 30 de junio considera que la no declaración de secreto es un vicio de procedimiento sin relevancia constitucional, ya que no existió indefensión material alguna para las personas afectadas (art. 24.1) que, cuando en calidad de imputados tomaron contacto con las actuaciones judiciales practicadas, pudieron conocer la medida adoptada en secreto contra ellos, su alcance y contenido, habiendo tenido oportunidad para solicitar al respecto lo que hubieran considerado conveniente para la defensa de sus intereses, no sólo en las calificaciones provisionales, trámite legalmente previsto para pedir la prueba a practicar en el juicio oral, sino incluso durante las diligencias previas antes de su conclusión.

Incluso existe una línea jurisprudencial que defiende que la decisión de proceder a unas intervenciones telefónicas lleva implícita la declaración de secreto de las actuaciones por definición y por elementales exigencias de la lógica (STS nº 940/2008, de 18 de diciembre, 1090/2005, de 15 de septiembre) pues “sería absurdo avisar a alguien de que se le va a intervenir su teléfono” (STS nº 738/1996, de 11 de octubre). En esta misma línea, la STS nº 704/2009, de 29 de junio declara que como elemento esencial implícito a la misma y

presupuesto de su efectividad y utilidad, debe entenderse comprendido el secreto de la diligencia de intervención telefónica, y no sólo por la necesidad inmanente de la propia diligencia, sino porque su notificación le privaría de practicidad a la misma, y uno de los condicionamientos de la medida injerencial es su utilidad, y el juez no puede contradecirse dictando una medida inútil, que por tal razón sería improcedente e inadecuada hasta el punto de arrastrar la nulidad de la misma y un instructor no dicta conscientemente una medida nula. En el mismo sentido se pronuncia la STS nº 1044/2011, de 11 de octubre.

22. Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional

22.1. Intervenciones en el extranjero

Cuando se trata de analizar intervenciones obtenidas a través de cooperación internacional es fundamental conocer la norma procesal que rige la ejecución de la diligencia solicitada. La regla tradicional en cooperación internacional es la ejecución de las diligencias solicitadas conforme a la norma procesal del país de ejecución (lex loci). Así, el art 3.1 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal del Consejo de Europa de 20 de Abril de 1959 dispone que la Parte requerida hará ejecutar, en la forma que su legislación establezca, las comisiones rogatorias relativas a un asunto penal que le cursen las autoridades judiciales de la Parte requirente y que tengan como fin realizar actuaciones de instrucción o transmitir piezas probatorias, expedientes o documentos. Esta misma regla es la que contienen la mayoría de los Convenios bilaterales en materia de asistencia judicial en materia penal (v.gr. art. 5.3 del Convenio con EEUU de conformidad con el Acuerdo de Asistencia judicial UE/EEUU que bilateralmente con España se firmó y ratificó el 17 de Diciembre de 2004; art. 7 del Convenio de cooperación jurídica y asistencia judicial entre España y Brasil de 22 de Mayo de 2006; el art 10 del Convenio de Asistencia Jurídica Mutua con los EE UU mexicanos de 29 de Septiembre de 2006).

El nuevo art. 4 del Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los países miembros de la UE de 29 de Mayo de 2000 (en adelante Convenio de 2000) introduce la posibilidad de solicitar el respeto a determinadas formalidades de la lex fori, al disponer que en los casos en los que se conceda la asistencia judicial, el Estado miembro requerido observará los trámites y procedimientos indicados expresamente por el Estado miembro requirente, salvo disposición contraria del presente Convenio y siempre que dichos trámites y procedimientos no sean contrarios a los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro requerido. No obstante, se mantiene básicamente el respeto a la lex loci en la regulación específica de la intervención de comunicaciones contenida en los arts. 17 a 22 El Tribunal Supremo español de acuerdo con la norma básica contenida en el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 del Consejo de Europa, ha declarado reiteradamente que las pruebas obtenidas en el extranjero conforme a sus propias normas son válidas en España.

En general de un examen detallado de la jurisprudencia del TS en relación con estas pruebas se deducen tres principios generales: 1) Que la prueba internacional obtenida conforme a la norma procesal del país donde se obtuvo no debe ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas. 2) Quedaría abierta la posibilidad de valorar si esas pruebas fueron practicadas conforme a las normas procesales del país de obtención. En este caso, corresponde a quien lo alega la prueba de la inobservancia de la norma procesal extranjera y por tanto de la ilegalidad y nulidad de esta prueba. 3) En el ámbito europeo, el Tribunal Supremo español ha añadido un criterio general de confianza en las garantías comunes vigentes en el espacio judicial europeo.

Efectivamente, el TS ha afirmado reiteradamente que la prueba internacional obtenida conforme a la norma procesal del país donde se obtuvo no debe ser analizada aplicando el tamiz de su conformidad con las normas españolas. Como ejemplo pueden citarse varias sentencias. La STS nº 340/2000 de 3 de marzo mantiene que es misión del TS "la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el Tribunal Sentenciador se ha practicado con todas las garantías, así como el cumplimiento de las normas en cuanto a la incorporación a la causa de pruebas practicadas en el extranjero por el cauce de una comisión rogatoria, sin que ello implique que las pruebas obtenidas en el extranjero deban pasar por el tamiz de las normas españolas, debiéndose estar a las normas y garantías que para la obtención de las

pruebas rigen en el país en el que se han obtenido o practicado”. En este sentido, la STS nº 1142/2005, de 20 de septiembre mantiene la validez de unas comisiones rogatorias ejecutas en Portugal afirmando que “...no procede por el Juez español someter al contraste de la legislación española las actuaciones efectuadas vía Comisión Rogatoria en otro país, según su propia legislación. En la misma línea pueden citarse las SSTS nº 974/1995 de 9 de diciembre y 947/2001, de 18 de mayo.

Existe una modulación de esta doctrina general: tras declarar el TS que “la doctrina de esta Sala ha establecido que la legalidad de las actuaciones policiales o judiciales que se desarrollan en otros países no corresponde valorarlas a los Tribunales españoles conforme a las normas internas, pues son las leyes vigentes en cada lugar las que deben ser observadas por sus autoridades locales en el cumplimiento de sus funciones”, se establece que “esta afirmación de carácter general admite algunas matizaciones. De un lado ha de considerarse referida, inicialmente, a países en los que se mantengan de modo efectivo los mismos valores y principios que en España se consagran en la Constitución, de manera que las exigencias para la restricción de los derechos de los ciudadanos sean material y sustancialmente similares. En segundo lugar, para que pueda avanzarse en el cuestionamiento de esas actuaciones sería preciso aportar un dato objetivo sugestivo de una posible infracción de derechos fundamentales no tolerable por nuestro ordenamiento” (STS nº 1099/2005, de 30 de septiembre).

Por otro lado, “la ausencia de garantías en relación con los actos practicados en el extranjero debe ser probado por quien lo alega” (STC nº 155/2001). En este sentido, la STS nº 974/1996 de 9 de diciembre declaró que «... en el ámbito judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma... La existencia de un Espacio Judicial Europeo en el marco de la Unión, no consentiría otra situación, y en todo caso no se ha cuestionado la legalidad de la comisión rogatoria desde la perspectiva de la propia legalidad portuguesa”. Con más claridad, en la STS nº 503/2008, de 17 de julio, se afirma la posibilidad de examinar la prueba conforme a la normativa del país en que fue obtenida: “ la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que no corresponde a los Tribunales españoles controlar, con arreglo a las normas propias, la legalidad de las actuaciones realizadas en otros países, las cuales deben ajustarse a su propio ordenamiento jurídico, así como a las normas del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. No obstante, de ello no debe obtenerse como consecuencia la imposibilidad absoluta de cuestionar la validez de esas actuaciones conforme a las normas que las regulan. Ni tampoco la posibilidad de negarles valor probatorio conforme al ordenamiento jurídico español Dicho de otra forma, la validez de las actuaciones realizadas en país extranjero debe determinarse con arreglo a las normas que las regulan en el mismo y conforme al CEDH, mientras que su valor probatorio dependerá de las reglas propias del ordenamiento español” Por último, cuando se trata del ámbito europeo, el Tribunal Supremo español ha añadido un criterio general de confianza en las garantías comunes vigentes en el espacio judicial europeo. En este sentido pueden citarse las SSTS nº 18/2003, de 10 de enero, 1345/2005, de 14 de octubre y 886/2007, de 2 de noviembre Es importante señalar que la gran mayoría de las sentencias recogidas analizaban pruebas obtenidas con aplicación del Convenio de cooperación judicial penal del Consejo de Europa de 1959, que ha sido completado y modificado en aspectos sustanciales por el Convenio de 2000 cuando se trata de cooperación entre países de la Unión Europea. (Con excepción de Italia, Irlanda y Grecia que aun no han ratificado el Convenio de 2000).

De la combinación de la regulación del Convenio de 2000 con la Jurisprudencia citada se deduce que al entrar a considerar la validez como prueba de unas intervenciones telefónicas practicadas en el extranjero deben analizarse también las actuaciones de las autoridades judiciales nacionales que con su solicitud han dado lugar a estas intervenciones y debe controlarse la corrección de la petición de asistencia y legalidad del auto que en las diligencias españolas autoriza estas intervenciones, el cual deberá contener las mismas garantías y formalidades que si las conversaciones fueran a ser practicadas en España.

Debe tenerse presente que cuando se solicita, a través de asistencia judicial internacional, la intervención de unas comunicaciones el propio art. 18.3 del Convenio de 2000 exige la inclusión del auto u orden interna habilitante que autoriza esta medida en las investigaciones

españolas. Y ello se deriva no solo de la concreta disposición del art 18 sino del propio ordenamiento español conforme al cual el control inicial corresponde al Juez instructor que debe comprobar la necesidad y proporcionalidad de la medida y debe adoptar un auto habilitante sin perjuicio de la actuación que corresponda a la autoridad requerida.

Sin perjuicio de lo anterior hay que recordar que esta exigencia de autorización judicial previa solo se dará cuando la intervención se haya practicado previa solicitud por la autoridad española a través de asistencia judicial. Diferente es el supuesto en el que se presenta como prueba el resultado de unas intervenciones realizadas en el seno de un procedimiento extranjero y conforme a su propia iniciativa, en cuyo caso todo el control se habrá producido por la autoridad competente del país que llevó a cabo la investigación y no operaría la exigencia de autorización judicial previa en España.

En estos casos es importante volver a recordar que la actuación de las autoridades extranjeras en sus propios procedimientos de investigación se realizan conforme sus propias normas y que la posibilidad de uso posterior en España en un juicio oral en España de esas grabaciones obtenidas en el extranjero o el uso de informaciones procedentes de esas fuentes extranjeras es perfectamente aceptable conforme a lo ya expuesto, sin que quepa imponer a estas actuaciones las mismas condiciones que hubieran tenido que reunir si se practicaran en España.

22.2. Procedimientos incoados por investigaciones de servicios policiales extranjeros

Se plantea si cumplen con las exigencias del secreto de las comunicaciones los supuestos en los que la intervención deriva de una información proporcionada por un servicio policial extranjero que no explica su origen.

La cuestión ha sido abordada y resuelta en la STS nº 635/2012, 17 de julio: en el ámbito de la cooperación penal internacional en el que se juega el enfrentamiento contra los graves riesgos generados por la criminalidad organizada transnacional, y en el que nuestro país tiene asumidas notorias obligaciones adaptadas a un mundo en el que la criminalidad está globalizada (Convención de las Naciones Unidas de 1988 sobre estupefacientes, entre otras), no pueden imponerse las reglas propias determinadas por problemas legislativos internos a los servicios policiales internacionales, por lo que ha de respetarse el ordenamiento de cada país, siempre que a su vez respete las reglas mínimas establecidas por el Tratado de Roma o el de Nueva York. Y de la misma manera que no es posible ni exigible imponer a otros sistemas judiciales la autorización judicial de las escuchas, tampoco lo es imponer a servicios policiales que no trabajan así, como sucede con el ICE o la DEA, por ejemplo, las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial interna ha establecido para los servicios policiales españoles... En consecuencia, la exigencia de que el servicio policial español que interesa la escucha proporcione sus fuentes de conocimiento, no implica necesariamente que también deba proporcionar obligatoriamente, con el mismo detalle y en los mismos términos, las fuentes de conocimiento de sus fuentes de conocimiento... Cuando éstas fuentes de conocimiento externo de la solicitud de nuestros servicios policiales procedan de investigaciones legalmente practicadas por servicios policiales extranjeros, se debe consignar en la solicitud, además de las investigaciones internas de corroboración que se hayan podido practicar, la totalidad de los datos que los servicios policiales del país de procedencia de la droga hayan proporcionado, cuya fiabilidad debe ser valorada por el propio Juez Instructor en función de: 1º) Los datos objetivos existentes y su concreción, 2º) Los cauces oficiales de recepción y verificación de la información, 3º) Las posibilidades de confirmación interna de los aspectos periféricos de la investigación, 4º) La verosimilitud de la información y 5º) Sus propias normas de experiencia... Ponderando en su conjunto los datos e indicios objetivos existentes para valorar si pueden y deben autorizarse las medidas necesarias para la efectiva desarticulación de la organización que ha planeado y está ejecutando una operación delictiva internacional.

Este razonamiento se reitera en las SSTS nº 712/2012, 26 de septiembre y 751/2012, de 28 de septiembre.

El TS también ha declarado que la órbita natural del Convenio de Asistencia judicial de 29 de mayo del año 2000 es "el marco judicial más que en el policial" rechazando la alegación de que la Policía había incumplido sus preceptos (STS nº 207/2012, de 12 de marzo).

23. Reproducción en el juicio oral

23.1. Cuestiones generales

Las intervenciones telefónicas se desenvuelven en dos planos: como medio de investigación, y como prueba directa en sí.

Como medio de investigación debe respetar exigencias constitucionales, que determinan la validez de la intromisión. Estas exigencias son básicamente la judicialidad, la excepcionalidad y la proporcionalidad de la medida. La falta de respeto de estas exigencias derivan en nulidad insubsanable por vulneración del art. 18.3 CE, con la correlativa nulidad de todas aquellas otras pruebas directamente relacionadas y derivadas de las intervenciones telefónicas en las que se aprecie la conexión de antijuridicidad. (SSTS nº 441/2010, de 13 de mayo; 457/2010, de 25 de mayo; 616/2010, de 3 de junio).

Las irregularidades en que se incurra en momentos posteriores a la ejecución de la medida, en la incorporación de su resultado al proceso no afectan al derecho al secreto de las comunicaciones sino en su caso al derecho a un proceso con todas las garantías. Entrarían en este grupo las irregularidades relativas a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido (STS nº 1191/2004, de 21 de octubre).

El quebrantamiento de los requisitos de legalidad ordinaria solo tiene como alcance el efecto impeditivo de alcanzar las cintas la condición de prueba de cargo, pero por ello mismo, nada obsta que sigan manteniendo el valor de medio de investigación y por tanto de fuente de prueba, que puede completarse con otros medios como la obtención de efectos y útiles relacionados con el delito investigado, pruebas testificales o de otra índole (SSTS nº 1078/2011, de 24 de octubre y 1161/2011, de 31 de octubre).

Son múltiples las posibilidades de incorporación del resultado de las escuchas al juicio oral: así puede señalarse que el contenido de las conversaciones puede ser incorporado al proceso: 1) a través de las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas, 2) a través de su transcripción mecanográfica -como documentación de un acto sumarial previo 3) para la incorporación por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa 4) no habiéndose impugnado en todo o en parte la transcripción de las cintas, y habiéndolas dado por reproducidas, no se le puede negar valor probatorio a tales transcripciones 6) no habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido. (por todas STC nº 26/2010, de 27 de abril, y STS nº 1151/2010, de 17 de diciembre).

Se plantea también si la petición por alguna de las partes de la lectura íntegra en juicio de todo el material grabado debe ser en todo caso admitida. La STS nº 972/2010, de 29 de septiembre declara al respecto que "la audición directa en el Juicio Oral de las conversaciones no escapa a las exigencias de pertinencia y de necesidad de la prueba, lo que es especialmente relevante en el caso de pretender la escucha de todas las conversaciones de manera íntegra, es decir de su totalidad sin excepcionar ninguna conversación o fragmento aunque resulten ajenos al objeto del proceso o afecten exclusivamente a intereses defensivos distintos de los del proponente. Es decir que no es necesario oír la totalidad de las cintas sino los pasajes indicados por cada una de las partes que le interesan a efectos probatorios".

Consecuencia de todo lo expuesto, y sin perjuicio de lo que las circunstancias de cada caso concreto aconsejen, los Sres. Fiscales propondrán como prueba para el acto del juicio oral la audición de las grabaciones en aquellos pasajes que sean relevantes para la causa. En el caso

de que las defensas renuncien a la audición por admitir su contenido podrán los Sres. Fiscales renunciar a la prueba propuesta, solicitando que se haga constar expresamente en acta esta circunstancia.

23.2. Transcripciones

El análisis del valor de las transcripciones y de los efectos de su omisión o de su incorrecta elaboración o aportación debe partir de una premisa: ninguna norma exige que la transcripción total o parcial haya de hacerse, siendo más una posibilidad que una exigencia (STS nº 972/2010, de 29 de septiembre). Tampoco existe ningún precepto que exija la transcripción de los pasajes más relevantes.

Las transcripciones “solo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible- que facilita la consulta” (STS nº 940/2011, de 27 de septiembre).

El material probatorio son en realidad las cintas grabadas y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir un más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo, por lo tanto, es que las cintas 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, de manera que puedan contradecir las afirmaciones y argumentaciones que sobre su contenido se presenten como pruebas de cargo (SSTS nº 1044/2011, de 11 de octubre y 515/2006 de 4 de abril).

Suele ser queja frecuente la de que la transcripción y selección de las conversaciones de mayor interés se ha realizado por la policía. Para el TS esta circunstancia se considera irrelevante porque lo esencial es que las partes hayan tenido acceso a las cintas originales y hayan podido proponer la audición de aquellas que consideraran necesarias para comprobar su tesis (STS nº 94/2006, de 10 de febrero). No constituye irregularidad alguna que la Policía proceda a transcribir los pasajes que considere de mayor interés para poner de relieve al Juez de instrucción el estado de la investigación, siempre que se proceda a la entrega de las cintas originales con la finalidad de permitir a la defensa solicitar su audición en el plenario, no solo con la finalidad de comprobar directamente la coincidencia entre lo transcrito y el contenido exacto de las conversaciones, sino también con el objeto de introducir en el plenario otros aspectos de las conversaciones que pudieran resultar de interés para una mejor valoración del referido elemento probatorio (SSTS nº 14/2008, de 18 de enero, 1393/2000, de 19 septiembre).

La transcripción no sustituye la audición de las cintas en el juicio oral en caso de que las partes lo soliciten para comprobar si las transcripciones que obran en las actas de instrucción son o no completas para valerse de ellas su defensa (SSTS nº 140/2009, de 28 de enero; nº 40/2009, de 28 de enero). Por ello se admite expresamente que la transcripción mecanográfica sea efectuada ya por la policía, ya por el Secretario Judicial, ya sea ésta íntegra o de los pasajes más relevantes, y ya esta selección se efectúe directamente por el Juez o por la Policía por delegación de aquél, pues en todo caso, esta transcripción es una medida facilitadora del manejo de las cintas, y su validez descansa en la existencia de la totalidad en la sede judicial y a disposición de las partes (STS nº 1954/2000, de 1 de marzo).

Si las partes renuncian a la audición de las cintas o a la lectura de las transcripciones en el juicio oral, tal renuncia no puede ser instrumentalizada por las defensas para tras interesarla, alegar posteriormente vulneración por no estar correctamente introducida en el plenario. Tal estrategia es evidente que podría constituir un supuesto de fraude contemplado en el art. 11.2 de la LOPJ, de vigencia también, como el párrafo primero, a todas las partes del proceso.

La impugnación de las transcripciones cede ante la directa audición en el plenario (STS nº 277/2010, de 26 de febrero). En efecto, unidas a la causa las cintas originales, debe precisarse que su audición directa en el juicio, que es la forma en la que habitualmente deberá practicarse esta prueba, permite subsanar las irregularidades que pudieran haberse cometido en relación con las transcripciones, con su cotejo o en la audición realizada en la fase de instrucción (STS nº 412/2006, de 6 de abril).

Los requisitos de legalidad ordinaria, relativos al protocolo de la incorporación del resultado probatorio al proceso son los siguientes: 1) La aportación de las cintas. 2) La transcripción mecanográfica de las mismas, bien integra o bien de los aspectos relevantes para la investigación, cuando la prueba se realice sobre la base de las transcripciones y no directamente mediante la audición de las cintas. 3) El cotejo bajo la fe del Secretario judicial de tales párrafos con las cintas originales, para el caso de que dicha transcripción mecanográfica se encargue -como es usual- a los funcionarios policiales. 4) La disponibilidad de este material para las partes. 5) Y finalmente la audición o lectura de las mismas en el juicio oral, que da cumplimiento a los principios de oralidad y contradicción, previa petición de las partes, pues si estas no lo solicitan, dando por bueno su contenido, la buena fe procesal impediría invocar tal falta de audición o lectura en esta sede casacional (STS nº 77/2007, de 7 de febrero).

En el caso resuelto por la STC nº 220/2009, de 21 de diciembre, se planteó por la parte recurrente que las transcripciones que se habían remitido al Juzgado de Instrucción lo habían sido en castellano y que no constaba la intervención de un intérprete, pese a que muchas de las conversaciones eran mantenidas en idiomas extranjeros, objeción que fue rechazada por el Tribunal Constitucional por entender que es “un dato que carece de relevancia constitucional, pues... en las plantillas de la policía judicial hay agentes capaces de realizar directamente la transcripción a otro idioma sin necesidad de intérprete, sin que ninguno de los acusados haya denunciado que el contenido de las transcripciones en castellano no se correspondiera con el contenido de las grabaciones originales, a pesar de que tanto las cintas originales con las grabaciones como las transcripciones estuvieron a disposición de las partes”.

En relación con los problemas de traducciones debe también reseñarse la STS nº 101/2004, de 2 febrero que declara que “hallándose a disposición del juzgado las cintas originales e incorporadas a autos su traducción, los recurrentes pudieron solicitar antes del juicio la citación de los traductores o en su escrito de proposición de prueba interesar una nueva traducción. Nada de esto hicieron, por lo que en juicio dispusieron de las transcripciones y traducciones, no combatidas, como medios de prueba de descargo, de las que no hicieron específico uso”.

Los Sres. Fiscales deberán valorar, en cada caso, la oportunidad de estar presentes en la audición de las cintas que se lleve a cabo durante la instrucción, acudiendo a este acto cuando consideren conveniente participar en el proceso de selección de las conversaciones, indicando aquellas que tengan trascendencia para los hechos investigados.

23.3. Aportación de las grabaciones originales

La propia evolución técnica impulsa a superar algunos criterios jurisprudenciales que se creían asentados.

Ha de constatarse la existencia de una línea jurisprudencial que reclama, siempre y en todo caso, la aportación de soportes originales (SSTS nº 1092/2010, 9 de diciembre, 1009/2010, 10 de noviembre, 531/2006, 11 de mayo, entre otras).

La finalidad de esta exigencia se orienta a descartar cualquier duda acerca de la autenticidad e integridad del soporte, de suerte que quede excluido todo riesgo de manipulación, alteración o sustitución de contenidos.

En determinados supuestos esta exigencia deba relativizarse. La grabación ejecutada mediante el sistema SITES, por definición, carece de soporte original, en la medida en que las conversaciones se registran en un ordenador central del que se extraen las sucesivas copias. Lo decisivo, de acuerdo con su finalidad, no son las características técnicas del disco sobre el que se vuelcan los datos sino las garantías del sellado que acompaña a los soportes que son ofrecidos a la autoridad judicial (SSTS nº 250/2009, 13 de marzo; 1078/2009, 5 de noviembre y 114/2009, 12 de noviembre). Por tanto lo relevante no es que el soporte se acomode a uno u otro formato, sino que no existan dudas acerca de la autenticidad de lo transcrito (STS nº 751/2012, de 28 de septiembre).

23.4. Puesta a disposición del total de material de audio grabado

La validez probatoria del resultado de las intervenciones telefónicas descansa en la existencia de la totalidad de las grabaciones originales en sede judicial y a disposición de las partes para

que puedan solicitar la audición, pruebas sobre la voz y las demás que estimen oportunas (SSTS nº 338/2007, de 25 de abril 864/2005, de 22 de junio).

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

En todo caso, la falta de aportación de la totalidad de las cintas grabadas no supone vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sino que impediría valorar como prueba de cargo el material grabado y efectivamente aportado. Ello lleva a que el acusado pueda ser condenado si concurren otras pruebas de cargo (vid. STS nº 1191/2004, de 21 de octubre).

Se ha planteado también el supuesto de que algunas de las cintas originales estuvieran estropeadas. Conforme a la STS nº 18/2003, de 18 enero habría de considerar carente de valor las transcripciones referidas a tales cintas pero sin extenderla a otras conversaciones que no se encontrasen incluidas en la cinta magnetofónica estropeada.

23.5. Identificación de voces

En ocasiones se pone en cuestión por las defensas que la voz registrada en la grabación se corresponda con la voz del acusado.

La prueba pericial fonométrica para la identificación de voces es una prueba que por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. No puede equipararse a una prueba de confesión. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia prestarse a facilitar la voz para que sea grabada y sometida a contraste, con otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad ya que, como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de «una especial modalidad de pericia». Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia (STS nº 1332/1997, de 3 de noviembre).

En primer lugar debe tenerse presente que si no se solicita una pericial acústica, difícilmente podrá plantearse la cuestión. Declara el TS que “bien pudo en momento procesal oportuno solicitar aquella prueba y no lo hizo, siendo la parte la que debe instar su realización, de modo que si no lo hizo reconoció implícitamente su autenticidad” (SSTS nº 940/2011, de 27 de septiembre, 77/2007, de 7 de febrero, y 901/2009, de 24 de septiembre; 513/2010, de 2 de junio, 705/2005, de 6 de junio).

Es cierto que el órgano de enjuiciamiento debe tener clara la autenticidad y la atribuibilidad de las voces. Pero su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una pericial o una comparecencia previa de audición. (STS nº 751/2012, de 28 de septiembre). La validez de las escuchas telefónicas 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 (SSTS nº 751/2012, de 28 de septiembre y 593/2009, 8 de junio).

Por otra parte, tras la audición en el plenario de las conversaciones grabadas, la identificación de la voz como la de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes. (SSTS nº 751/2012, de 28 de septiembre, 940/2011, de 27 de septiembre y 1286/2006, 30 de noviembre).

La identificación subjetiva de las voces también puede advenir por otros medios de prueba, como es la testifical (SSTS nº 453/2007, de 23 de mayo, 751/2006, de 7 de julio, STC nº 190/1993 de 26 de junio) o mediante el testimonio de los funcionarios policiales que efectuaron

las vigilancias y seguimientos derivados del contenido de las conversaciones intervenidas (STS nº 986/2004, de 13 de septiembre). Los agentes policiales que intervinieron en las comunicaciones y oyeron directamente las cintas y después las transcribieron, concluyeron que una de las voces grabadas corresponde al recurrente, basándose en el acostumbramiento a su audición, acento o entonación, teléfono o terminal de la que parten, nombres utilizados para designarse los interlocutores, citas y circunstancias que integran su contenido y que después se confirman con las vigilancias y seguimientos, etc. Ante la atribución de voz por esas vías, el recurrente, a quien ciertamente no compete la labor acusatoria de tal identificación, sí tuvo en sus manos un modo fácil de desvirtuar la imputación que se le hacía (STS nº 511/2008, de 18 de julio).

El Tribunal puede también resolver la cuestión mediante la prueba corroboradora o periférica (STS nº 163/2003 de 7 de febrero).

No es exigible, con carácter general, la celebración de una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación (STS nº 537/2008, 12 de septiembre).

24. Supuestos de ilicitud de la intervención. Efectos. La conexión de antijuridicidad

24.1. Ideas generales

El TC ha afirmado que la problemática de las prohibiciones probatorias en el proceso penal no constituye una mera cuestión procesal sino que responde al núcleo central de las relaciones entre el Poder Público y los ciudadanos en el marco de un Estado de Derecho constitucional.

La llamada regla de exclusión (the exclusionary rule), derivada de la doctrina del fruit of the poisonous tree del Derecho estadounidense fue asumida por la STC nº 114/1984, de 29 de noviembre. La teoría de los frutos del árbol envenenado se incorporó con posterioridad al art. 11.1 LOPJ, conforme al que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Se establece, por tanto, una sanción a la injerencia ilícita en los derechos fundamentales de una persona.

La prohibición de la prueba constitucionalmente ilícita y de su efecto reflejo tiene como finalidad otorgar, en el ámbito de los procesos jurisdiccionales, el máximo de protección a los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados; y, al mismo tiempo, en el ámbito específico del proceso penal, ejercer un efecto disuasorio de actuaciones contrarias a las garantías constitucionales por parte de los agentes encargados de la investigación criminal, lo que se ha denominado en el derecho anglosajón deterrence effect. La finalidad de la doctrina es de capital importancia a la hora de analizar en cada supuesto si concurre o no conexión de antijuridicidad.

En primer lugar ha de operarse con la idea de que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino que debe darse también la conexión de antijuridicidad (STS nº 740/2012, de 10 de octubre). La prohibición de valoración de pruebas originales no afectará a las derivadas si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural; o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuridicidad (SSTC nº 299/2000, de 11 de diciembre y 167/2002, de 18 de septiembre).

La conexión causal entre ambas pruebas constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuridicidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuridicidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión (STC nº 66/2009 de 9 de marzo). La existencia de un nexo causal entre ambas constituye un requisito necesario pero no suficiente para afirmar la ilicitud constitucional de las pruebas derivadas.

Así, la nulidad de unas intervenciones telefónicas no extendería sus efectos a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención (SSTS nº 498/2003 de 24 de abril y 1048/2004 de 22 de septiembre).

Suele también distinguirse entre medios de investigación (escuchas) y medios de prueba (grabación). La nulidad de las escuchas, en tanto afectante al secreto de las comunicaciones, puede extenderse a las pruebas reflejas. La nulidad de los actos por los que las escuchas se incorporan al proceso, como regla general no contamina a las derivadas porque infringen exclusivamente la legalidad ordinaria.

Las irregularidades posteriores a la intervención como regla general no impiden su introducción por otros medios de prueba (v.gr. testifical de los funcionarios policiales, STC nº 228/1997, de 16 de diciembre). No existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado -entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido- pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización (vid. STC nº 121/1998, de 15 de junio). La concurrencia de infracción procesal sin afectación constitucional puede impedir la valoración de la prueba pero no afecta al resto de lo actuado (STS nº 647/2010, de 22 de junio).

En los supuestos en los que no se han respetado las exigencias constitucionales en la práctica de la intervención de las comunicaciones, la nulidad de la diligencia puede arrastrar a otras pruebas conectadas con la primera.

Deben considerarse infracciones de alcance constitucional la ausencia de motivación, la infracción del principio de proporcionalidad, la total indeterminación del tipo delictivo que motiva la intervención, y la indeterminación del tiempo de la intervención.

A la hora de analizar si concurre la conexión de antijuridicidad debe operarse en una doble perspectiva, interna y externa. En el ámbito de la primera se tratará de ver si la prueba refleja puede decirse jurídicamente ajena a la vulneración del derecho, en cuanto adquirida con medios distintos y autónomos de los determinantes de aquélla; y en el de la segunda, tendría que comprobarse si la prohibición de valorarla viene o no exigida por las necesidades de tutela del mismo derecho fundamental (SSTC nº 1140/2010, de 29 de diciembre; 28/2002, de 11 de febrero; 249/2000, de 30 de octubre). Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente, sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo.

La doctrina ha aportado tres parámetros interesantes para ponderar si concurre conexión de antijuridicidad: 1) la doctrina de la fuente independiente (independent source doctrine) supone analizar si la prueba procede de una fuente probatoria distinta de aquella otra que vulnera un derecho fundamental 2) la doctrina de la conexión atenuada (attenuated connection doctrine) implica valorar si pese a la relación causal entre la prueba originaria y la derivada se aprecia alguna circunstancia que la atenúe, como el transcurso de un período de tiempo suficiente o la concurrencia de actos libres interpuestos 3) La doctrina del descubrimiento inevitable (inevitable discovery exception) que analiza si la prueba obtenida con infracción de algún derecho constitucional, hubiera sido, en todo caso, descubierta, de manera que el resultado de la prueba ilícita fuese irrelevante.

Cuando la prueba tachada de ilícitamente obtenida hubiera llegado en todo caso a la causa, porque el juez de instrucción de todos modos hubiera tenido que decretar la diligencia cuestionada, surge la doctrina del inevitable discovery, que es una corrección de la doctrina del fruit of poisonous tree (fruto del árbol envenenado). Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada "conexión de antijuridicidad" que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltará la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición (STS nº nº 468/2012, de 11 de junio y 885/2002, de 21 de mayo).

La STC nº 81/1998, de 2 de abril valora especialmente la intencionalidad anímica de quien o quienes fueran causantes de la vulneración: “en ningún momento consta en los hechos probados ni puede inferirse de ellos que la actuación de los órganos encargados de la investigación penal se hallase encaminada a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones”.

En todo caso, la existencia o no de conexión de antijuridicidad entre la prueba declarada ilícita y el resto de material probatorio debe examinarse por el Tribunal expresamente en los fundamentos de la resolución (STC nº 197/2009, de 21 de octubre).

24.2. Especial referencia a la autoincriminación

El supuesto más característico en el que se discute si concurre o no desconexión de antijuridicidad es el de la autoincriminación, esto es, determinar si existe conexión entre la intervención telefónica declarada nula y la ulterior autoincriminación del sujeto investigado.

El TC tradicionalmente ha negado la concurrencia de conexión de antijuridicidad pues “las garantías frente a la autoincriminación... permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado, atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental. Las necesidades de tutela quedan, pues, suficientemente satisfechas con la exclusión probatoria ya declarada...La validez de la confesión...no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. De lo que se trata es de garantizar que una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad, no responda a un acto de compulsión, inducción fraudulenta o intimidación (SSTC nº 161/1999, de 27 de septiembre).

Para las SSTC nº 136/2006, de 8 de mayo y 184/2003, de 23 de octubre “los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, «las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental». En el mismo sentido se pronuncia la STC nº 261/2005, de 24 de octubre.

Igualmente se ha mantenido la desconexión de antijuridicidad por gozar de independencia jurídica, tanto en supuestos de declaración autoincriminatoria en el plenario (SSTC nº 136/2006 de 8 de mayo, 49/2007 de 12 de marzo) como en fase de instrucción (SSTC nº 167/2002 de 18 de septiembre, 184/2003 de 23 de octubre) “en atención a las propias garantías constitucionales que rodean la práctica de dichas declaraciones que permite afirmar la espontaneidad y voluntariedad de las mismas”. También la jurisprudencia consolidada del TS se decanta por la desconexión (SSTS nº 1129/2006 de 15 de noviembre y 812/2006 de 19 de julio 273/2007 y 605/2010, de 24 de junio).

Los requisitos para que se produzca la desconexión entre intervención nula y confesión han tratado de ser sistematizados en los siguientes: (a) que dicha declaración se practique ante el

juez previa información del inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan; b) que se halle asistido del letrado correspondiente; c) que se trate de una declaración voluntaria sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad (SSTS nº 91/2011, de 18 de febrero, 926/2006, de 6 de octubre).

Asumiendo la doctrina de la desconexión atenuada, el TS declara que “no cabe duda de que cuando ha existido una suficiente separación temporal entre el hallazgo y la declaración autoincriminatoria de la persona concernida, máxime si esta declaración se produce en el plenario, ya no cabe argumentar sugestión alguna en lo declarado (STS nº 511/2010, de 25 de mayo). Cuando es prestada con todas las garantías, con el debido asesoramiento y en momento alejado de la detención inicial, puede entenderse que no existe una dependencia de su declaración respecto de los resultados de las diligencias nulas (STS nº 768/2010, de 15 de septiembre). La STC nº 66/2009, de 9 de marzo también opera con la doctrina de la conexión atenuada pues “...el largo período de tiempo transcurrido entre la producción procesal de las intervenciones telefónicas y la entrada y registro, sus distintos elementos internos y sobre todo el cauce diverso (documental) de acceso al proceso del sustrato material probatorio...distinto de las intervenciones telefónicas...nos llevan a concluir el carácter jurídicamente independiente de la entrada y registro. Otro tanto podemos afirmar, a la luz de nuestra doctrina, respecto de las declaraciones del recurrente en instrucción, de las declaraciones de los coacusados en el plenario, y de las testificales”.

La tesis de la desconexión entre intervención nula y confesión se somete a algunas modulaciones, cuando se trata de declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho cuya existencia se ha obtenido con la prueba que luego se declara constitucionalmente ilícita. En esos casos, tanto si la declaración es policial como si es sumarial, la existencia del objeto obtenido ilícitamente condiciona la declaración del imputado, que tiende naturalmente a organizar su defensa partiendo de una realidad que en ese momento no se encuentra en situación de cuestionar. En algunos casos, en el momento en que se le recibe declaración ni el imputado ni su defensa han tenido oportunidad de conocer las condiciones en las que tal objeto ha sido conocido, obtenido e incorporado su existencia al proceso.

Por ello, es preciso un examen detenido de cada caso para determinar si puede afirmarse que la confesión realizada lo fue previa información y con la necesaria libertad de opción y no de forma condicionada por el hallazgo cuya nulidad se declara posteriormente (STS nº 740/2012, de 10 de octubre).

Además se ha exigido que se trate de confesión completa, es decir, con admisión de la responsabilidad penal por los hechos confesados, con aceptación expresa de todos los hechos necesarios para la calificación de los mismos como delito, no pudiendo ser utilizada la declaración con carácter fragmentario, tan solo en aquellos aspectos que pudieran ser contrarios para el confesante e ignorando lo que le fuere favorable (en ese sentido, STS nº 529/2010, de 24 de mayo).

Ya con anterioridad las SSTS nº 28/2003, de 17 de enero, 58/2003, de 22 de enero y 160/2003, de 24 de febrero optaron por la nulidad de la confesión posterior a la intervención declarada nula. Últimamente, las SSTS nº 1432/2011, de 16 diciembre, 132/2011, de 7 marzo y 529/2010, de 24 mayo optan también por la invalidez de la confesión subsiguiente a la intervención telefónica nula.

También se ha entendido que hay que afirmar la conexión de antijuridicidad en supuestos en los que la especial gravedad de la vulneración al derecho fundamental y la necesidad de amparar su contenido esencial determine la procedencia de impedir que la prueba derivada, desde luego vinculada por un nexo de causalidad natural, tenga efectos probatorios en la reconstrucción del hecho (STC nº 8/2000, de 18 de febrero).

Puede concluirse con que en este punto aún no existe una línea jurisprudencial clara y definida, por lo que tras exponer las líneas exegéticas concretas y recordar que la doctrina sobre la conexión de antijuridicidad está principalmente orientada a generar un efecto disuasorio contra las actuaciones contrarias a las garantías constitucionales por parte de los agentes encargados

de la investigación, sólo cabe ahora subrayar la necesaria prudencia que, como declarara la STS nº 848/1995, de 7 julio, debe presidir la toma de decisiones sobre nulidad, prudencia que - si cabe- aún debe reforzarse cuando es el Fiscal el que toma posición, pues lo usual será que si opta por considerar nula la prueba, el órgano de enjuiciamiento no podrá ya pronunciarse. En este contexto, los Sres. Fiscales, en principio, deberán defender la tesis de la desconexión de antijuridicidad en estos supuestos de ulterior autoincriminación del sujeto investigado.

25. Pautas específicas para los Fiscales

25.1. En la fase de instrucción

En primer lugar los Sres. Fiscales deben, al serles notificado un auto por el que se acuerda la intervención de una comunicación telefónica o su prórroga, comprobar que el auto reúne los requisitos mínimos -tal como han sido establecidos por la jurisprudencia y se han recordado en esta Circular- para disipar cualquier duda razonable de que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones haya podido ser vulnerado. De no ser así, los Sres. Fiscales deberán recurrir la resolución, interesando bien que se deje sin efecto sin más (por ser el auto radicalmente nulo e insubsanable, como sucedería en caso de absoluta inexistencia de indicios de criminalidad o si el delito que se pretende investigar no es lo suficientemente grave, por ejemplo) o bien que se subsanen los vicios de que adolezca la resolución (motivación insuficiente, indeterminación temporal o falta de concreción de los sujetos sobre los que ha de recaer la medida, etc.).

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

Debe partirse de que la invocación de la violación de un derecho fundamental puede realizarse en cualquier momento del procedimiento (STS nº 328/2010, de 8 abril).

25.2. En la fase intermedia del proceso

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

Por el contrario, si no se detecta vicio alguno de ilegitimidad en la interceptación de las comunicaciones, los Sres. Fiscales propondrán la prueba para su práctica en el juicio oral, lógicamente en la medida en que sea conducente a esclarecer el objeto del proceso, solicitando que estén presentes las cintas originales por si alguna de las partes interesa su audición. También de esta manera se pueden subsanar posibles vicios de legalidad ordinaria

(nunca en el plano de la constitucionalidad de la medida) que hayan tenido lugar en la incorporación de la fuente de prueba al proceso.

25.3. En la fase de juicio oral

La nulidad de las comunicaciones interceptadas puede ser nuevamente objeto de debate, tal como está previsto expresamente tanto en el procedimiento abreviado como en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

También en el procedimiento ordinario por delito nada impide el planteamiento en este momento de un incidente de nulidad ex art. 240.2 LOPJ.

En todo caso, la admisión de la práctica de la prueba al resolver el incidente no impide que, al dictar sentencia y a la luz de la prueba practicada en el acto del juicio, se pueda hacer un nuevo pronunciamiento declarando su nulidad.

25.4. Recursos contra la sentencia

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

El recurso de casación -cuando proceda- podrá fundarse en la infracción del precepto constitucional (art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim), tanto si se trata de denunciar una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones stricto sensu (en este caso deberá invocar los arts. 18.3 y 24 CE), como si se trata de la denuncia de vicios de ilegalidad en la prueba no derivados de la vulneración del derecho sustantivo, sino de la inobservancia de derechos fundamentales de naturaleza procesal a la hora de incorporar la fuente de prueba al proceso (en tal caso sólo será invocable el art. 24 CE y no el art. 18.3 CE). Sin embargo, la jurisprudencia viene limitando la legitimación para interponer el recurso de casación por la vía del art. 5.4 LOPJ a los titulares del derecho fundamental vulnerado (SSTS nº 908/1996, de 20 de noviembre, y nº 1570/1997, de 11 de diciembre).

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

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

Cuando una resolución judicial excluye indebidamente la prueba, se infringe el derecho de la acusación de valerse de los medios de prueba pertinentes y, a la tutela judicial efectiva. Conforme al acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 27 de febrero de 1998, el Fiscal puede recurrir en casación por vulneración de los derechos constitucionales que le corresponde como parte en el proceso.

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

Por ello, en el ejercicio de esta reconocida legitimación, el Tribunal Supremo (SSTS nº 1455/1997, de 25 de noviembre, y 79/1998, de 22 de enero) admite que, en el caso de que se haya producido indebidamente la anulación de una prueba, y ello haya conllevado una absolución injusta, al Fiscal le es lícito instar el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o a la utilización de los medios de prueba idóneos, derechos proclamados en el art. 24 de la Constitución, y ello en defensa de la legalidad del proceso y su desarrollo con todas las garantías, que el Fiscal asume (art. 3.1) del EOMF) y actúa cuando ejercita su derecho al recurso.

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

En definitiva, ante absoluciones injustas por indebida anulación de una prueba bien por vulneración de exigencias constitucionales, bien por inobservancia de los requisitos propios de la legislación ordinaria, los Sres. Fiscales articularán los recursos en cada caso procedentes, con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva y, específicamente, a la utilización de los medios de prueba, proclamados en el art. 24 CE.

26. Conclusiones

1. Pautas generales

1.1. A la hora de hacer acopio de materiales que puedan llegar a servir de prueba, los Sres. Fiscales han de cuidar de que los mismos se obtengan con exquisito respeto a los derechos fundamentales, cuya protección les está encomendada. No todo es lícito en el descubrimiento de la verdad.

1.2. Los Sres. Fiscales deben velar para que en las intervenciones de las comunicaciones telefónicas acordadas en el seno de un proceso penal se observen todas las garantías exigidas por nuestros Tribunales, partiendo de que en tanto esta diligencia se desenvuelve acompañada de la declaración de secreto el Fiscal, como única parte procesal activa, ha de extremar su celo para que la actuación del instructor sea plenamente respetuosa con los derechos fundamentales de quienes están sometidos a investigación mediante la observación de sus comunicaciones.

2. Contenidos protegidos por el secreto de las comunicaciones

2.1. En todo caso, la entrega de los listados de llamadas telefónicas por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial.

2.2. De entre todos los datos de tráfico generados en el transcurso de una comunicación telefónica, merecen la protección reforzada del art. 18.3 CE los datos indicativos del origen y del destino de la comunicación, del momento y duración de la misma y, por último, los referentes al volumen de la información transmitida y el tipo de comunicación entablada.

2.3. Los Sres. Fiscales velarán para que la entrega de los listados de las llamadas también se acuerde por medio de auto y no por simple providencia. Si, no obstante, la resolución reviste finalmente la forma de providencia, esta circunstancia aislada no deberá entenderse por sí como causante de nulidad.

3. Revelación por un comunicante

Las grabaciones y revelaciones de las conversaciones por uno de los interlocutores no afectan al secreto de las comunicaciones, pudiendo afectar al derecho a la intimidad, por lo que en línea de principio pueden articularse como prueba aunque se hayan efectuado sin autorización judicial.

4. Utilización del teléfono por persona distinta al titular o al usuario

4.1. La autorización judicial cubre las comunicaciones realizadas por el teléfono concernido, aunque lo utilicen otras personas no mencionadas en la resolución autorizante.

4.2. Cuando la intervención se realiza en base a la titularidad del terminal, y el teléfono es no obstante utilizado por un tercero tampoco hay lesión al derecho al secreto de las comunicaciones de ese tercero.

4.3. La utilización esporádica del teléfono por otra u otras personas del grupo de personas implicado en la actividad delictiva enjuiciada no exige una nueva autorización de la intervención en función de quien lo utilice en cada momento.

5. Teléfonos móviles

5.1. El acceso a la libreta de contactos de un teléfono móvil no supone una injerencia en el secreto a las comunicaciones.

5.2. El acceso a los datos de registro de llamadas de un teléfono móvil supone una injerencia en el secreto a las comunicaciones.

5.3. El acceso a los mensajes contenidos en el teléfono móvil de los detenidos hayan sido o no leídos, exigirá autorización judicial.

6. Intervención en relación con terminal telefónico sustraído

En estos casos cabe adoptar la medida de intervenir el teléfono asociado al IMEI.

7. Escucha y/o grabación directa de conversaciones

7.1. Puede entenderse admisible adoptar con autorización judicial como diligencia de investigación la grabación de las conversaciones privadas entre dos o más personas por medio de micrófonos ocultos o direccionales, ante hechos graves frente a los que no se disponga de otras líneas de investigación, siempre cumpliendo mutatis mutandis las exigencias requeridas para las intervenciones telefónicas.

7.2. No puede considerarse vulneración del secreto de las comunicaciones la escucha, sin utilización de ningún artificio, de una conversación telefónica o directa por hallarse el que las oye en las inmediaciones del lugar en que se produce.

8. Supuestos especiales

8.1. Visionado directo del número entrante

La visión del número emisor que automáticamente aparece en la pantalla del receptor al margen de la voluntad de quien llama, y perceptible por cualquiera que tenga a la vista el aparato no entraña interferencia en el ámbito privado de la comunicación.

8.2. Conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público

La protección del art. 18.3 CE no alcanza a las conversaciones radiofónicas a través de redes de uso público.

9. Hallazgos casuales

9.1. Los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial.

9.2. No se vulnera la especialidad cuando no se produce una novación del tipo penal investigado, sino una mera adición o suma.

9.3. Una vez que el Juez tenga conocimiento del hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, deben distinguirse dos supuestos: 1) si se trata de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, cuando exista conexidad entre ambos, deberá dar una orden

judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; 2) si se trata de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque, de modo que siguiendo las normas de competencia territorial y en su caso las de reparto, se inicie el correspondiente proceso.

9.4. No es necesario dictar la nueva resolución que acomode la investigación a los hallazgos casuales sino cuando los indicios que van apareciendo adquieren el significado preciso para justificar un nuevo auto de injerencia.

10. Sistema SITEL

10.1. Es ajustada a Derecho la utilización probatoria de las conversaciones grabadas por el sistema SITEL.

10.2. En tanto la doctrina jurisprudencial ya ha estimado que, con carácter general, el sistema SITEL ofrece suficientes garantías para la validez probatoria de las intervenciones que lo utilicen, y teniendo en cuenta que es el sistema de uso habitual en todos los procedimientos judiciales, resulta innecesaria la práctica de una compleja y dilatoria prueba pericial informática para conocer o acreditar las características básicas del sistema.

10.3. Los Sres. Fiscales deberán velar para que se destruyan en ejecución de sentencia las grabaciones originales que existan en la unidad central del sistema SITEL.

11. IMSI e IMEI

11.1. La información albergada en la serie IMSI e IMEI no puede catalogarse como dato externo integrable en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones.

11.2. La captación de IMSI e IMEI puede llevarse a cabo por la Policía Judicial sin necesidad de mandamiento judicial.

11.3. Para que las operadoras puedan ceder datos sobre IMSI e IMEI es necesaria autorización judicial.

12. Investigación del IP

12.1. Los rastreos policiales para localizar direcciones IP pueden realizarse sin necesidad de autorización judicial, ya que no se trata de datos confidenciales preservados del conocimiento público.

12.2. Tras la averiguación del IP, las subsiguientes actuaciones de identificación y localización de quién sea la persona que tiene asignado ese IP se deben llevar a cabo bajo control judicial.

12.3. Cuando en el marco de las diligencias de investigación desarrolladas por las Fuerzas y Cuerpos Policiales en la persecución de actividades delictivas de cualquier naturaleza es necesario dirigirse a una operadora para conocer el IP utilizado debe considerarse necesario obtener autorización judicial, conforme a las previsiones de la Ley 25/2007.

13. Correo electrónico

Debe considerarse necesaria la autorización judicial para acceder a cualquier mensaje enviado por correo electrónico, ya se trate de correo electrónico enviado y recibido pero no leído, correo en fase de transferencia o correo ya enviado, recibido y leído y que se encuentra almacenado.

14. Cesión de datos almacenados por las operadoras

14.1. La Ley 25/2007, de 18 de octubre de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas exige autorización judicial para acceder no sólo a los datos de tráfico (terminales conectados, identificación de los usuarios y datación de la comunicación), sino también a otros que podrían ser calificados como servicios de valor añadido.

14.2. En el marco jurídico vigente, toda investigación policial o del Ministerio Fiscal para el esclarecimiento de un hecho delictivo que requiera la cesión de alguno de los datos almacenados por las operadoras a los que se refiere la Ley 25/2007, afecten o no al secreto de las comunicaciones, exigirá autorización del Juez de Instrucción.

14.3. La Ley 25/2007 restringe la posibilidad de cesión a la averiguación de delitos graves. Conforme a una exégesis teleológica y sistemática, la gravedad debe definirse en atención a las circunstancias concretas del hecho, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad, de conformidad con la jurisprudencia recaída en relación con los delitos susceptibles de ser investigados mediante intervenciones telefónicas.

15. Otras vías de comunicación a través de Internet

15.1. Las conversaciones o comunicaciones que tengan lugar en el seno de chats o foros de Internet abiertos a cualquier usuario no pueden considerarse comprendidas dentro del ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por lo que no precisan de autorización judicial para su grabación u observación.

15.2. Distinto habrá de ser el tratamiento de los supuestos en los que se use la opción de comunicación bidireccional cerrada entre dos usuarios, pues en estos casos, conforme a la propia naturaleza del acto comunicativo, deben activarse de nuevo las garantías del art. 18.3 CE.

15.3. La apertura de archivos de un disco duro o de unidades externas de un ordenador tampoco afecta al derecho al secreto de las comunicaciones. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado pueden, sin autorización judicial, intervenir y reproducir un soporte magnético o electrónico (por ejemplo, la lectura de un disco duro), aun cuando su contenido material pudiera afectar al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE si concurren razones de urgencia y se persigue un fin constitucionalmente legítimo.

16. Concurrencia de indicios suficientes para acordar la intervención

16.1. Los indicios suficientes para acordar la intervención son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

16.2. Las sospechas no han de ser tan solo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan hallarse apoyadas en datos objetivos.

16.3. La resolución judicial debe exteriorizar los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo.

16.4. No se puede confundir la exigencia de indicios para ordenar la injerencia, con que desde el primer momento queden ya cumplidamente probados los hechos que precisamente se van a comenzar a investigar.

17. Informaciones anónimas

17.1. La policía no tiene que revelar la fuente inicial de investigación cuando se trata de un confidente.

17.2. La información anónima no puede ser la única base para una medida restrictiva de derechos.

17.3. La información anónima sí puede ser el desencadenante de la investigación y ser además un dato complementario de una base indiciaria plural que justifique la intervención de las comunicaciones.

18. Actuación del Fiscal en caso de insuficiencia del oficio policial

En caso de incumplimiento o de un cumplimiento no satisfactorio de la exigencia legal de aportación de indicios es improcedente denegar sin más la diligencia solicitada por la Policía.

Los Sres. Fiscales promoverán en estos casos que por el Juez de Instrucción se oficie a la Policía a fin de que proceda a una ampliación de los datos.

19. Procedimiento seguido para la identificación del terminal

19.1. Es frecuente la alegación de que la policía no indicó cómo obtuvo el número de teléfono. Esta alegación debe considerarse carente de trascendencia.

19.2. Es también frecuente que se alegue ilegitimidad en el procedimiento empleado por la Policía para identificar el número telefónico del sospechoso, sin aportar ningún indicio de ilegitimidad. No es exigible que la Policía acredite no haber infringido derechos fundamentales salvo que se ofrezcan indicios de ilegitimidad en la obtención de la información.

19.3. En todo caso, la obtención de la titularidad y del número del teléfono sería una injerencia en la intimidad de carácter leve.

20. Identificación del titular del terminal

20.1. No es indispensable para la legitimidad de la injerencia la previa identificación del titular del número a intervenir.

20.2. La persona investigada no tiene que ser necesariamente titular del terminal objeto de injerencia.

20.3. No tiene trascendencia la simple confusión en la identificación nominal del usuario.

21. Momento relevante para valorar los indicios

La valoración de los indicios que fundamentan la medida ha de hacerse en un juicio ex ante, por lo que no es motivo suficiente para privar de legitimidad a la injerencia el hecho de que alguno de esos indicios existentes a priori y utilizados para la intervención luego resulten desvirtuados o pierdan potencialidad o se hayan revelado a posteriori como explicables por razones distintas.

22. Proporcionalidad

22.1. El sistema constitucional, asentado sobre el equilibrio de libertades y derechos fundamentales exige limitar la interceptación telefónica a los delitos de mayor entidad.

22.2. A tales efectos, no sólo ha de tenerse en cuenta la gravedad de la pena fijada al delito, sino también su trascendencia y repercusión social. Así, cabe ad exemplum considerar de suficiente gravedad los delitos cometidos por cargos públicos, los delitos de robo con violencia y los delitos de contrabando.

22.3. Deben igualmente ponderarse, a la hora de valorar la gravedad, el bien jurídico protegido, el hecho de que participen organizaciones criminales, y la incidencia del uso de las tecnologías de la información.

22.4. La comprobación de la proporcionalidad de la medida y en concreto, de la gravedad de los hechos, ha de ponderarse ex ante, analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción.

23. Excepcionalidad

Solo debe acordarse la intervención 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 investigado y útiles para la investigación.

24. Motivación

24.1. La resolución judicial legitimadora de la adopción de la medida debe adoptar la forma de auto.

24.2. En el momento inicial del procedimiento en que se acuerda no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva.

24.3. La forma del impreso no es recomendable, pero no se considera incumplido el requisito de la necesidad de motivación del auto por el mero hecho de utilizar impresos o modelos en la resolución, siempre que su contenido último y completo satisfaga las exigencias del art. 120.3 CE.

24.4. Aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos, se admite la motivación por remisión, de modo que puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

25. Valoración de los resultados de intervenciones telefónicas practicadas en otro proceso judicial

25.1. Debe rechazarse que del derecho a la presunción de inocencia o del principio in dubio pro reo, se derive que salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas.

25.2. La ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias.

26. Adopción de la medida en diligencias indeterminadas

26.1. La posición del Ministerio Fiscal como inspector de la instrucción garante de la pureza del procedimiento le obliga a oponerse a la posibilidad de que la medida de intervención se acuerde en diligencias indeterminadas, debiendo exigir que se haga en el seno de alguno de los procedimientos penales previstos legalmente.

Ello no obstante, habrán de partir los Sres. Fiscales que el sólo hecho de haber sido dictado el auto en el seno de unas diligencias indeterminadas no implica la nulidad del mismo.

26.2. En todo caso, si se hubiera adoptado la medida en el seno de unas diligencias indeterminadas, inmediatamente tal circunstancia sea conocida, los Sres. Fiscales promoverán su conversión en alguno de los procedimientos penales previstos legalmente.

27. Control judicial

Para considerar cumplido el requisito de que las intervenciones se ejecuten bajo control y supervisión judicial es suficiente con verificar que los autos de autorización y prórroga fijan términos y requieren de la fuerza policial ejecutante dar cuenta al Juzgado del resultado de las intervenciones, así como que el órgano judicial ha efectuado un seguimiento de las mismas.

28. Notificación al Fiscal de la adopción de la medida

28.1. La falta de notificación al Ministerio Fiscal solo constituye una irregularidad procesal sin trascendencia respecto del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

28.2. Tampoco genera nulidad el hecho de que se constate que el Fiscal no ha ejercido sus funciones de control o supervisión.

28.3. Sin perjuicio de lo expuesto en las anteriores conclusiones, los Sres. Fiscales promoverán una notificación diligente y efectiva de estas resoluciones y supervisarán su correcta ejecución.

29. Traslado al Fiscal para dictamen sobre la procedencia de la medida

En los casos en los que se dé traslado a tales efectos el Fiscal habrá de evacuar el dictamen dentro del servicio de guardia, conforme al principio de celeridad y cumplimentando las exigencias que en cuanto a motivación le impone la Instrucción nº 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal.

30. Competencia. Normas de reparto

El incumplimiento de las normas que regulan el reparto no supone vulneración del derecho al Juez competencialmente ordinario y por ende del derecho constitucional al juicio justo y con garantías, salvo en la exclusiva hipótesis de que se advierta la constancia de que por esa vía se ha quebrado la garantía del Juez imparcial.

31. Extensión temporal de la medida

31.1. El plazo de la intervención es uno de los extremos que deben hacerse constar en el auto autorizante.

31.2. No es suficiente con señalar un plazo de duración dentro de los límites permitidos por la LECrim, sino que además es necesario que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, ese plazo no sea abusivo ni desproporcionado.

31.3. El plazo empezará a contar desde la fecha en que se dicta la resolución judicial, independientemente de cuándo comience a hacerse efectiva.

31.4. Las exigencias de motivación deben ser igualmente observadas en las prórrogas y las nuevas intervenciones acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, debiendo el Juez conocer los resultados de la intervención con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta a la inicialmente obtenida.

31.5. Para acordar la prórroga es necesario que el Juez cuente con datos objetivos que aconsejen el mantenimiento de la medida, pero no es necesario ni la entrega de la totalidad de las grabaciones, ni su audición ni su transcripción.

31.6. Cabe, con respeto al principio de proporcionalidad, acordar prórrogas sucesivas.

31.7. Los efectos de la extralimitación en el plazo son los de que la interceptación telefónica realizada en ese concreto lapso temporal carece de cobertura judicial, debe entenderse que es nula y, por ello mismo, que las conversaciones grabadas durante esos días no pueden desplegar efectos probatorios.

31.8. La prórroga ha de adoptarse antes del vencimiento del plazo.

31.9. La ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera.

32. Intervención de comunicaciones y secreto de las actuaciones

32.1. Para que la diligencia de intervención telefónica sea eficaz ha de estar acompañada necesariamente del secreto de las actuaciones.

32.2. De ello deriva la necesidad de cohonestar los plazos de una y otra medida, superando las aparentes discrepancias entre los plazos legales.

32.3. La no declaración de secreto, pese a poder ser considerada irregular, no genera defectos insubsanables.

33. Cuestiones derivadas de la cooperación jurídica internacional

33.1. Los Tribunales españoles no deben supervisar la legalidad de las intervenciones telefónicas practicadas en el extranjero conforme a la normativa española, cuando se trate de países en los que se mantengan de modo efectivo los mismos valores y principios que en España se consagran en la Constitución.

33.2. Queda abierta la posibilidad de valorar si las intervenciones fueron practicadas conforme a las normas procesales del país de obtención. En este caso, corresponde a quien lo alega la prueba de la inobservancia de la norma procesal extranjera y por tanto de la ilegalidad y nulidad de esta prueba

33.3. No es procedente imponer a servicios policiales extranjeros las mismas normas internas que la doctrina jurisprudencial interna ha establecido para los servicios policiales españoles.

34. Incorporación como prueba en el juicio oral

34.1. Los Sres. Fiscales deberán valorar, en cada caso, la oportunidad de estar presentes en la audición de las grabaciones que se lleve a cabo durante la instrucción, acudiendo a este acto cuando consideren conveniente participar en el proceso de selección de las conversaciones, indicando aquellas que tengan trascendencia para los hechos investigados.

34.2. La audición directa en el juicio oral de las conversaciones no escapa a las exigencias de pertinencia y de necesidad de la prueba: no es necesario oír la totalidad de las grabaciones sino los pasajes indicados por cada una de las partes que interesan a efectos probatorios.

34.3. Ninguna norma exige que haya de hacerse la transcripción total o parcial de lo grabado, siendo más una posibilidad que una exigencia. Por ello no es imprescindible la transcripción de las grabaciones, que es simplemente una medida facilitadora del manejo de las mismas, descansando su validez en la existencia de la totalidad de los soportes en la sede judicial y a disposición de las partes.

34.4. La impugnación de las transcripciones cede ante la directa audición en el plenario.

34.5. Debe supervisarse que los agentes que practican la intervención remiten al Juez la totalidad de las grabaciones, sin que les esté permitido seleccionar o desechar determinadas conversaciones bajo el pretexto de su inutilidad para la investigación.

34.6. La exigencia de aportación de soportes originales se orienta a descartar cualquier duda acerca de la autenticidad e integridad del soporte, de suerte que quede excluido todo riesgo de manipulación, alteración o sustitución de contenidos.

Esta exigencia debe relativizarse en algunos supuestos. La grabación ejecutada mediante el sistema SITEL, por definición, carece de soporte original, en la medida en que las conversaciones se registran en un ordenador central del que se extraen las sucesivas copias.

35. Identificación de voces

35.1. La validez de las escuchas telefónicas 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.

35.2. En ocasiones se pone en cuestión por las defensas que la voz registrada en la grabación se corresponda con la voz del acusado. Si no se solicita por las mismas una pericial acústica, difícilmente podrá atenderse tal alegación.

35.3. Tras la audición en el plenario de las conversaciones grabadas, la identificación de la voz como la de los acusados puede ser apreciada por el Tribunal en virtud de su propia y personal percepción y por la evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes.

36. Cuestiones relativas a la conexión de antijuridicidad

Los Sres. Fiscales, en principio, deberán defender la tesis de la desconexión de antijuridicidad en supuestos de ulterior autoincriminación del sujeto investigado.

37. Pautas específicas de actuación para los Fiscales

37.1. Deberán los Sres. Fiscales instar la declaración de nulidad de la intervención si a pesar de su vigilancia la misma se ha practicado sin habilitación judicial suficiente.

37.2. Los Sres. Fiscales deberán solicitar el sobreseimiento de la causa cuando la intervención obtenida con infracción del precepto constitucional sea la única prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, o las restantes pruebas deriven de ella en conexión directa de antijuridicidad.

37.3. Los Sres. Fiscales propondrán la prueba para su práctica en el juicio oral solicitando que estén presentes la totalidad de las grabaciones por si alguna de las partes interesa su audición.

37.4. Los Sres. Fiscales interpondrán los recursos en cada caso procedentes ante decisiones judiciales que incorrectamente declaren la nulidad de intervenciones telefónicas ajustadas a Derecho.

Madrid, 11 de enero de 2013.-El Fiscal General del Estado, Eduardo Torres-Dulce Lifante.