

**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**  
**Revista del Poder Judicial nº 3. Septiembre 1986**

**Llera Suárez-Bárcena, Emilio de**  
Fiscal. Audiencia Territorial de Sevilla

**EL RÉGIMEN JURÍDICO ORDINARIO DE LAS OBSERVACIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL**

Estudios  
Serie: *Penal*

**VOCES:** ESCUCHAS TELEFONICAS. DERECHOS FUNDAMENTALES. INVESTIGACION JUDICIAL. DELITOS. RESOLUCIONES JUDICIALES. COMPETENCIAS JURISDICCIONALES.

**ÍNDICE**

- I. El derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento español
- II. Las limitaciones al secreto de las comunicaciones telefónicas
- III. La limitación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas derivada de la investigación penal de delitos comunes
  - A) Aplicabilidad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
  - B) La garantía de la "resolución judicial". Sus requisitos
  - C) Juez competente para acordar la observación telefónica
  - D) Procedimiento para adoptar la resolución. Problemas que plantea: La notificación al interesado. La duración de la medida

**TEXTO**

**I. EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFONICAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

La generalidad de las constituciones modernas suelen incluir en su articulado una declaración o enumeración de derechos considerados como fundamentales, mínimos, esenciales e inviolables para el ciudadano, entre los que se halla incorporado, con mayor o menor extensión y con matices diferenciales entre unas y otras constituciones, el derecho al secreto de las comunicaciones privadas en general, aunque sólo las más recientes, como es natural, hacen referencia expresamente a las comunicaciones telefónicas

.(1)

Del mismo modo, las Cartas y Declaraciones supranacionales de derechos de la persona y del ciudadano proclaman este derecho (2).

Y en esta misma línea, la Constitución Española de 1978 proclama este derecho en su artículo 18.3, al decir que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»(3).

La Constitución vigente, como se ve, sanciona el secreto de las comunicaciones en estrecha relación con el derecho a la intimidad, pero sin llegar a considerarlo como una manifestación o un reflejo de éste, sino otorgándole una configuración autónoma y un contenido propio, distintos de los de aquél, según resulta del examen de la estructura del artículo 18, que destina párrafos separados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (párrafo 1.º), al derecho a la inviolabilidad del domicilio (párrafo 2.º) y al secreto de las comunicaciones (párrafo 3.º).

La interpretación de este párrafo 3.º ha planteado algunas dudas y discordias relativas, fundamentalmente, al objeto y contenido del derecho definido, así como al valor normativo de la disposición que le sirve de vehículo, dificultades que han sido resueltas por las consideraciones de la doctrina mayoritaria y, sobre todo, por las del Tribunal Constitucional en las ocasiones en que se ha pronunciado sobre dichos problemas.

El objeto de este derecho debe entenderse referido exclusivamente a las comunicaciones privadas, quedando fuera del mismo las que se hacen por medio de la radio, imprenta, televisión u otro procedimiento destinado a la difusión del pensamiento a un número indeterminado de personas. Ello se deduce así de la relación que las comunicaciones aludidas en el artículo 18 tienen con el derecho a la intimidad, como se ha dicho, y de las otras comunicaciones «no privadas», y los derechos fundamentales relativos a las mismas aparecen específicamente regulados en el artículo 20 CE.

En cuanto al contenido del derecho, el problema planteado acerca de sí el artículo 18.3 proclama, junto al derecho al secreto, el de la libertad de tales comunicaciones, de manera que no puedan ser impedidas «salvo resolución judicial», ha sido resuelto definitivamente por el Tribunal Constitucional, que en sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, declaró que «el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (de la comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado». De donde se hace necesario concluir que el artículo 18.3 -que se inspira en el modelo constitucional alemán (art. 10 de la Ley Fundamental de Bonn)-, consagra siquiera implícitamente la facultad de comunicar libremente y, junto a ella, ya de modo expreso, el secreto de las mismas, o -como dice BASILE(4)- la facultad de «expresar el pensamiento reservadamente, con relación a destinatarios específicos».

Pero la Constitución no concibe este derecho de un modo absoluto e inelástico que impida toda compensación de las facultades que lo integran o de su ejercicio, sino que su contenido aparece ya originariamente definido por un límite natural y consustancial al mismo, como es la posibilidad de que una resolución judicial lo restrinja, bien privando al sujeto de la libertad de comunicar privadamente o bien autorizando el acceso al contenido de la comunicación, permitiendo así el conocimiento del mensaje a personas distintas del sujeto comunicante y del destinatario elegido.

Tal limitación debe ser considerada como frontera normal o natural al derecho definido, no sólo por formar parte de la definición constitucional del mismo contenida en el artículo 18.3, sino porque ninguno de los derechos consagrados en el capítulo 2º del Título I de la CE lo es en términos tales que impida ser comprimido por otros valores o bienes jurídicos consagrados también constitucionalmente(5). A ello nos conduce una interpretación sistemática de la Constitución, pues si el legislador constituyente hubiera querido configurar el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas de un modo absoluto -siquiera en su definición natural- habría regulado la posibilidad de su limitación mediante resolución judicial en el artículo 55, precisamente en el capítulo V del mismo Título I, «De la suspensión de los derechos y liberta-

des», y no al consagrar el derecho, incorporando a su propia definición la característica de su eventual limitabilidad por causa de la actividad procesal de los Tribunales.

Por último, conviene tener en cuenta que la eficacia del derecho al secreto de las comunicaciones, su contenido y lo relativo a su ejercicio no exigen, pese a las dudas planteadas en otro tiempo, de un ulterior desarrollo legislativo, al haber declarado el Tribunal Constitucional (STC 16/1982, de 28 de abril, y STC 81/1982, de 21 de diciembre) que la misma Constitución es una verdadera norma jurídica a todos los efectos y que, por tanto, su aplicación ha de ser inmediata.

## II. LAS LIMITACIONES AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFONICAS

La proclamación del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, ya se ha dicho -como la de cualquier otro derecho fundamental-, no se hace de forma tan absoluta que elimine toda cesión ante los valores superiores sociales o ante las primarias necesidades de protección del Estado o de la defensa social diferente a los delitos considerados más graves, como los cometidos por bandas armadas y terroristas. Por ello, la misma Constitución, que define el derecho, establece ya la posibilidad de limitar su contenido en aras de esos bienes superiores, al tiempo que concreta las garantías jurídicas que han de acompañar a tales limitaciones.

Sin embargo, no todas las limitaciones previstas constitucionalmente tienen la misma naturaleza ni, por ende, requieren idénticas exigencias para desplegar su eficacia.

En efecto, el propio artículo 18.3 CE, al definir el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, marcó como confín propio del mismo el que una resolución jurisdiccional afectara cualquiera de las facultades que lo integran: la de comunicar libremente o la de limitar el conocimiento del mensaje al destinatario elegido (6).

Pero al lado de este límite que hemos llamado natural, por ser consustancial o propio del derecho definido y constituir un verdadero elemento más de su configuración constitucional, encontramos otro tipo de limitaciones exógenas que se fundan no ya en la propia naturaleza del derecho, sino en necesidades de defensa del Estado y del orden político establecido por la Constitución. Tales limitaciones son las previstas en el artículo 55 CE, bajo el epígrafe del capítulo 5.º, del mismo Título I, que reza: «De la suspensión de los derechos y libertades», el cual, en dos párrafos separados, se refiere a las mismas para establecer su reglamentación.

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

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

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

Se trata, por tanto, más que de limitaciones anormales o excepcionales del derecho al secreto de las comunicaciones --en cuanto autorizan a órganos distintos de los del Poder Judicial a acceder al contenido de la comunicación privada-, de verdaderas situaciones de «crisis del derecho», como demuestra su

carácter absolutamente temporal, corroborado por el epígrafe del capítulo que habla, no de limitación, sino de «Suspensión...».

Conviene tener en cuenta, además, que la Constitución condiciona la eventual producción de tales «crisis del derecho al secreto de las comunicaciones» a los términos de una Ley ulterior que se dicte en desarrollo de las previsiones establecidas en el artículo 55 y, por tanto, no de forma inmediata, sino diferida, lo que aleja aún más tales supuestos de la que hemos llamado limitación normal del derecho aludida en el mismo artículo 18, bajo la expresión «salvo resolución judicial».

El artículo 55 se refiere, en su párrafo 1º. -, a la regulación de los estados de excepción y sitio, como presupuestos posibilitadores de la suspensión del derecho, por lo que habrá de ponerse en relación con el artículo 116 de la Constitución, en cuyo desarrollo se promulgó la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, cuyo artículo 18 permite a la Autoridad Gubernativa intervenir toda clase de comunicaciones privadas, sin especificación de personas y, por tanto, a la generalidad de las que se hallen en el territorio afectado por el estado excepcional.

El párrafo segundo del citado precepto de la Constitución prevé, sin embargo, una suspensión individualizada del derecho (a personas determinadas, relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas) dependiente igualmente de una ley orgánica que establezca las condiciones de tal suspensión y específicamente un «adecuado control parlamentario», así como la «necesaria intervención judicial»(7).

Esta última exigencia de la «necesaria intervención judicial» ha venido a enturbiar la diferencia entre el límite normal del derecho en los términos en que lo define el artículo 18.3 y la crisis anómala del mismo prevista en el artículo 55.2(8); sin embargo, la diferencia viene dada por la posibilidad de que un órgano distinto de los del poder judicial acuerde y practique las operaciones oportunas para acceder al contenido de una comunicación privada, aun cuando en un plazo más o menos breve haya de comunicarlo a la Autoridad judicial y ésta tenga facultades para revocar el acuerdo gubernativo(9) con lo que el régimen normal del derecho se ve modificado al exigirse la intervención judicial sólo con posterioridad a la intervención de la comunicación.

A la vista de lo expuesto, podemos clasificar las limitaciones genéricas del derecho al secreto de las comunicaciones en: *límites normales del derecho*, incluidos en la definición del artículo 18.3 (la resolución judicial limitadora de su contenido) y limitaciones anormales o excepcionales, a las que hemos llamado «crisis de derecho», reguladas en el artículo 55, y dentro de estas últimas las suspensiones del derecho sin indicación de persona concreta (del párrafo 1.º) y las suspensiones individualizadas (del párrafo 2.º).

A efectos de esta exposición nos ocuparemos en lo sucesivo únicamente de la limitación normal del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas constituido por la «resolución judicial», una vez distinguida de las demás limitaciones. De otro lado, la afectación a la facultad de comunicar libremente por consecuencia del proceso penal, regulada en nuestro Derecho bajo el nombre de incomunicación de detenidos y presos(10), tampoco es objeto de nuestra atención, que se centrará exclusivamente en las resoluciones judiciales que afectan al secreto de las comunicaciones derivadas de necesidades del proceso penal por delitos distintos de los de la LO 8/1984, de 26 de diciembre(11).

### III. LA LIMITACION DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFONICAS POR NECESIDADES DE INVESTIGACION PENAL DE DELITOS COMUNES

El artículo 18.3 CE exige, para acceder al contenido de una comunicación telefónica privada con fines de investigación penal, que medie, en todo caso, una resolución judicial, es decir, que sea precisamente un órgano jurisdiccional -a los que se encomienda la tutela de los derechos fundamentales (art. 7, 1.º y 2.º,

de la LOPJ, de 1 de julio de 1985)- quien la ordene.

9 Pero dicha garantía de la resolución judicial no es caprichosa. Al contrario, halla su fundamento no sólo en que la decisión de afectar el derecho fundamental emane de un Tribunal de justicia, sino también en que, de esta suerte, habrá tal decisión de acomodarse a las normas del proceso que constituyen los resortes que garantizan los derechos e intereses de todos. Por ello, la expresión «resolución judicial» implica en realidad dos cosas: primero, que se trate de la decisión de un órgano jurisdiccional, independiente al resolver, y, segundo, que sea adoptada en el curso de una actuación procesal, único medio en que la actividad judicial puede desarrollarse (12).

Tal interpretación viene impuesta por exigencias del artículo 10, párrafo 2º. -, de la misma Constitución, que reclama una hermenéutica en materia de derechos fundamentales, «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos», Carta que en su artículo 12 proscribire las «injerencias arbitrarias... en la correspondencia», con el fin de evitar el abuso, la iniquidad o el capricho de los poderes públicos frente a tal derecho (13)

Por ello, se hace necesario concluir con la Memoria de 1984 de la Fiscalía de Oviedo(14), que de «lo que se trata con el establecimiento de la garantía jurisdiccional es de dotar a los ciudadanos de seguridad jurídica y no, por supuesto, de atribuir a los órganos de un Poder determinado unas facultades omnímodas para suprimir o suspender tales derechos».

Sin embargo, fuera de la legislación dictada en desarrollo del artículo 55 CE, no encontramos en nuestro ordenamiento procesal normas que se refieran de modo concreto a las comunicaciones telefónicas para regular esta materia. En efecto, no la LECr ni la llamada legislación complementaria de ella contemplan específicamente las escuchas u observaciones telefónicas, aunque sí las de las comunicaciones postales y telegráficas (arts. 579 a 588 LECr), por lo que, posibilitando la Constitución esta medida, mediante siempre una resolución judicial, se plantea el problema capital y primario de determinar si los citados preceptos de la LECr son o no aplicables a dicha resolución y luego concretar qué condiciones debe reunir la misma, cuál será el juez competente para adoptarla y qué procedimiento habrá éste de seguir para garantizar a todos los interesados.

#### A) Aplicabilidad de la LECr

La falta de referencia expresa en la LCEr a las comunicaciones telefónicas es lógica, si se tiene en cuenta la antigüedad de la ley frente a la modernidad del medio de comunicación de que se trata, sin que haya sido actualizada en la materia, como sus homólogas portuguesa o italiana(15).

Pese a ello, no encontramos dificultad alguna para aplicar por analogía las disposiciones de la LECr relativas a las comunicaciones telegráficas a la observación telefónica, pues -como dice Aguilera de Paz- el buen sentido basta para hallar a ambas «en identidad de razón y de circunstancias»(16).

En sentido contrario se ha pronunciado, no obstante, la citada Memoria de la Fiscalía de Oviedo de 1984, que llega a la solución de negar licitud a las escuchas telefónicas ordenadas por una resolución judicial que no se funden en la legislación antiterrorista desarrolladora del artículo 55.2 CE, en base fundamentalmente a dos consideraciones. Primera, que fuera de aquellos supuestos del artículo 55.2 falta una ley específica que regule las escuchas y observaciones telefónicas, como exige el artículo 8 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España por Instrumento de 29 de septiembre de 1979), al que habrá que tenderse conforme ordena el citado artículo 10.2 de la Constitución, y, por tanto, la aplicación de la LECr supone una interpretación extensiva encaminada a la restricción de un derecho fundamental, que debe por ello ser rechazada. Y, segunda, que dicha interpretación analógica chocaría con dificultades de carácter práctico, «toda vez que, además de sólo poder establecer contra el "procesado" (art. 579), deberá darse conoci-

miento al interesado (art. 584) y habrá de llevarse a cabo la injerencia sólo y personalmente por el juez (art. 586)» (17).

Las consideraciones anteriores entendemos, sin embargo, no son obstáculo a la operación integradora propuesta si se parte de una concepción del derecho acorde con los términos y el sentido del artículo 18.3 CE y se examinan detenidamente los preceptos de la LECr en que se fundan los objetados inconvenientes prácticos.

El primer impedimento esgrimido de la falta de una ley que autorice específicamente la observación telefónica en nuestro ordenamiento debe reputarse inexacta, pues lo que el Convenio de 4 de noviembre de 1950, en que se funda la objeción, establece en su artículo 8º es la necesidad de que en el derecho de cada Estado contratante las injerencias en las comunicaciones telefónicas estén «previstas por la ley», y no necesariamente, como parece entender la Memoria citada, en una ley ordinaria, que ni prevé ni necesita el artículo 18 CE para su efectividad inmediata. Entendemos, por el contrario, que el requisito normativo impuesto por el Convenio queda cumplido desde el instante en que la injerencia en el derecho se halla prevista por el mismo artículo 18.3 CE, la cual tiene por sí valor de verdadera ley (norma jurídica con rango de ley fundamental), y que es a este respecto susceptible de aplicación inmediata, según ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencias 16/1982, de 28 de abril, y 81/1982, de 21 de diciembre, entre otras, ya que este precepto constitucional -a diferencia del artículo 55- no prevé una ley ulterior que eventualmente pueda autorizar a los Tribunales a acordar intervenciones u observaciones telefónicas, sino que autoriza directamente la intervención.

Al propio tiempo debe rechazarse que la operación integradora propuesta implique una interpretación extensiva in malam partem del derecho fundamental, porque el artículo 18,3º, al no establecer distinción alguna entre las comunicaciones telefónicas y las postales y telegráficas, impone la sumisión a un mismo régimen jurídico de las injerencias relativas a todas ellas, y, por tanto, someter la observación telefónica a las mismas normas de la telegráfica, aparte asumir tal equiparación constitucional, implica preservar la eficacia del derecho al secreto de esas comunicaciones, mediante la exigencia de que las resoluciones judiciales que acuerden su observación vayan acompañadas de idénticas garantías.

En cuanto a las pretendidas dificultades prácticas derivadas de la aplicación de las normas dichas a las comunicaciones telefónicas, no van más allá de las propias de toda operación jurídica de esta índole y no llegan a convertirse en ningún caso en un obstáculo insalvable.

En efecto, aunque el artículo 579 hable del «procesado», la expresión debe entenderse -como dice Aguilera de Paz(18) - equivalente a la de «presunto culpable», según se deduce de la amplitud y finalidad de la medida que va encaminada al «descubrimiento o la comprobación no de la culpabilidad del presunto delincuente, sino, en general, de algún hecho o circunstancia importante de la causa, hasta el punto de que por la amplitud de sus términos podría considerarse autorizada la detención y examen de la correspondencia de un tercero, extraño por completo a la ejecución del delito y sin relación con él». Esta opinión se ve reforzada no sólo por las muchas imprecisiones de la ley procesal cuando alude al presunto culpable, sino por lo dispuesto en el artículo 564, que prevé la observación de las comunicaciones que reciben o se dan en relación con personas distintas de aquél.

En cuanto a los inconvenientes deducidos de los artículos 584 y 586 de dar conocimiento al interesado y llevarse a cabo la diligencia por el juez personalmente, sin perjuicio de comentar luego con más detalle la cuestión(19), basta señalar ahora que se refieren ambos preceptos a las comunicaciones postales y no a las telegráficas (cuyas normas exclusivamente proponemos aplicar a las telefónicas) y que describen una operación, la de detención y apertura, distinta de la diligencia de observación, tal y como aparecen contempladas respectivamente en los artículos 579 y 582 de la lecr (20).

De todo lo expuesto resulta necesario afirmar la aplicabilidad a las observaciones telefónicas de las normas que sobre las telegráficas contiene la LECr. Ahora bien, conviene desde un principio dejar sentadas

al respecto dos precisiones.

Primera, que estas normas de la LECr a que se ha hecho referencia habrán de interpretarse como legislación ordinaria que opera en función de complemento de la constitucional que consagra un derecho fundamental en la forma más favorable a la efectividad de tal derecho, según ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencias 34/1983, de 6 de mayo, y 67/1984, de 7 de junio, a cuyos criterios interpretativos habrán de atender los Tribunales en todo tipo de procesos por mandato del artículo 5, 1º, de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio. Y segunda, que no todos los preceptos contenidos en los artículos 579 a 588 LECr serán aplicables a la observación telefónica, sino únicamente aquellos que regulan la «observación de las comunicaciones telegráficas»(21), dada la similitud entre estos dos medios, que por su naturaleza no admiten la diligencia de intervención y apertura, como las comunicaciones postales, sobre las que pueden practicarse ambas diligencias. Además, debe integrarse la regulación legal con otros preceptos del mismo título, como el artículo 552, que contienen principios generales en la materia relativos a derechos del sujeto afectado y que por ello son de obligada observancia.

#### *B) La garantía de la «resolución judicial»: Sus requisitos*

Como ya se ha dicho en más de una ocasión, fuera de los supuestos del artículo 55 CE sólo una resolución judicial puede implicar el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, por exigencias no sólo del artículo 18,3º de la Constitución, sino por expreso mandato de los artículos 579 y 583 LECr, sin que quepa que los Agentes de Policía puedan intervenir tales comunicaciones «de propia autoridad», como sucede en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio en los supuestos previstos en el artículo 553 LECr. La ley, por tanto, reserva tal decisión con carácter exclusivo al juez, sin que pueda siquiera producirse a través de una propuesta de resolución hecha por el Secretario, por expresa prohibición del artículo 290 LOPJ.

Sentado lo anterior, habrá que determinar los requisitos, tanto de fondo como de norma, que habrá de reunir tal resolución.

Por lo que se refiere a los primeros, el artículo 579 LECr exige la existencia de «indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa». No basta, por tanto, con la mera corazonada ni con la simple sospecha que no se funde en datos o circunstancias resultantes de las actuaciones, al tiempo que se condiciona la oportunidad de la medida a que esté dirigida a descubrir o comprobar hechos o circunstancias de verdadera importancia para la instrucción. Estas exigencias se avienen perfectamente con el carácter excepcional de la medida y cumplen los postulados de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 12 proclama que «nadie será objeto de injerencias "arbitrarias"... en su correspondencia», precepto al que habrá de atenderse como norma de interpretación privilegiada, conforme al artículo 10,2 de la Constitución(22).

De otro lado, estimarnos que es requisito para acordar la observación telefónica que tenga como fin averiguar o comprobar algún hecho o circunstancia de importancia para la causa que se siga por razón de delito y no de simple falta, ya que las normas procesales relativas a la medida se encuentran incardinadas en el Libro II de la ley, relativo al sumario, y no en el VI, «Del procedimiento para el juicio de faltas», siendo además difícil defender que puede adoptarse tal medida por razón de un hecho que no autoriza la adopción de medida cautelar personal de tipo alguno, ni siquiera la detención (artículo 485 LECr).

En cuanto a los requisitos de forma, se contraen a la necesidad de que tal resolución sea fundada o motivada -en los indicios antes mencionados - y que contenga los detalles identificadores de la persona o personas afectadas por la medida, las condiciones de ejecución de la misma y su duración, en términos análogos a los exigidos por el artículo 583 LECr para las comunicaciones postales y telegráficas. Ha de tratarse, pues, de un Auto(23).

Además será necesario que al dictarse la resolución concurren determinados presupuestos procesales (fundamentalmente ser dictada por juez competente y a través del procedimiento adecuado), los cuales se analizan a continuación.

### *C) Juez competente para acordar la observación*

El juez competente para adoptar la medida, dada su finalidad de investigación y comprobación de hechos o circunstancias relacionadas con un delito, ha de ser un juez con jurisdicción penal y, entre ellos, por razón de la naturaleza del hecho investigado (siempre uno o más delitos), el juez de instrucción, único competente para instruir el sumario (art. 303 LECr), sin perjuicio de las facultades instructoras de los Jueces de Distrito, a prevención o por delegación de los jueces de Instrucción aludidas en el artículo 563(24).

En cuanto a la competencia territorial habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 563 (al que remite el art. 580), conforme al cual habrá que concluir que el juez competente territorialmente para acordar la observación telefónica será el que resulte competente para la instrucción conforme al artículo 14,2 LECr, el cual deberá encomendar, en la forma prevista en el artículo 184, la práctica de las operaciones que requiera la diligencia al juez de su propia categoría del territorio en que radiquen los aparatos o estaciones telefónicas cuyas comunicaciones han de intervenir, cuando no se hallen en su territorio, y a salvo siempre lo dispuesto en la regla 1ª- del artículo 784 para el procedimiento de urgencia.

### fi0 D) Procedimiento para adoptar la resolución

Toda resolución judicial supone necesariamente una actividad procesal del órgano del que emana, sujeta por tanto a las normas reguladoras de la actuación de los tribunales jurisdiccionales, cuya observancia y cumplimiento legitima precisamente la autoridad de los mismos para la actuación del Derecho.

El problema consiste, pues, en precisar cuál sea el procedimiento adecuado a las referidas actuaciones procesales, y tratándose, según el texto del artículo 579 LECr, de una actuación encaminada a «averiguar» o «comprobar» algún hecho o circunstancia importantes para la causa, habrá de acomodarse inexcusablemente a las normas procesales que regulan la instrucción, por ser ésta una de las actuaciones comprendidas en el artículo 299 LECr, que define las que constituyen el sumario. Por tanto, sólo el sumario y, tras la ley de 8 de abril de 1967, las diligencias previas pueden servir de cauce procesal a las resoluciones que acuerden la observación telefónica, e igual debe decirse de las actuaciones de investigación reguladas en los artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que participan, como aquéllas, de la naturaleza de los sumarios.

Así, se deduce incontestablemente no sólo de lo dicho, sino del lugar que en la LECr ocupan los artículos 579 y ss. (Libro del Sumario) y de las constantes referencias de los mismos a la fase de instrucción del proceso penal así, los arts. 579, 581, 582, 583, 585 y 588).

Práctica viciosa e ilegal de los juzgados -y por ello reiteradamente combatida por la doctrina de la Fiscalía del TS (25) - es la de adoptar estas resoluciones limitativas de derechos fundamentales fuera del verdadero procedimiento penal, en el curso de unas pretendidas «diligencias indeterminadas» que aspiran a legitimarse en el tenor del artículo 269 LECr a base de violentar necesariamente su contenido y finalidad que se contrae exclusivamente a conferirla los Tribunales la facultad de precisamente abstenerse de todo procedimiento, es decir, la facultad de abstenerse de «averiguar» y «comprobar» el hecho denunciado cuando éste «no revistiere carácter de delito o.. la denuncia fuere manifiestamente falsa», como alternativa única a la de instruir en averiguación del hecho Diligencias Previas, o de la LO 10/1980, o un sumario.



Pues, como señala la citada circular de 4 de marzo de 1969, «la facultad legal atribuida en el inciso segundo del artículo 269 LECr no comprende la abstención precedida y fundamentada en diligencias judiciales» distintas de las enumeradas, por lo que, «decidida la práctica de diligencias, queda superada la fase presumarial, iniciándose inmediatamente la instrucción».

Y es que tal actividad, que merece la calificación de clandestina, al no sujetarse a las exigencias de la ley procesal, desconoce y conculca los derechos y garantías de todos los interesados en la instrucción, tanto oficiales (Tribunal sentenciador y M. Fiscal: arts. 118 y 520 LECr), a quienes se oculta su existencia, contrariando los más elementales principios de nuestro sistema procesal penal.

Sentado ya que sólo en el curso de un verdadero proceso penal en su fase de instrucción puede acordarse mediante auto la observación telefónica, se plantea enseguida la cuestión de si esta resolución habrá de notificarse al sujeto afectado por la medida o si, en general, éste tiene derecho a conocerla, lo cual haría inefectivo e inútil el resultado de la misma(26).

La regla general en nuestra LECr, sobre todo tras la nueva redacción que a los arts. 118 y 302 dió la ley 35/1978, de 4 de diciembre, es la de que el inculpado puede «tornar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento» (art 302, 1º), el cual deberá «ser puesto inmediatamente en conocimiento» del mismo desde que se practique «cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito» contra él (art. 118, 1º y 2º), por lo que no cabe duda de que tendrá el derecho de conocer la existencia de la resolución, ya que ésta forma parte del procedimiento seguido contra él mismo, en consonancia con los principios proclamados en el art. 24 CE(27)

Pero ello hará irremediablemente ineficaz la medida, cuyo resultado se ha de ver frustrado ante las prevenciones a tomar por el sujeto afectado. Más aún si se tiene en cuenta que la observación telefónica implica la posibilidad de acceder a las conversaciones que se mantengan a través del aparato telefónico que se prevé utilizará el sujeto afectado por la medida y que su contenido no queda plasmado normalmente en un soporte material permanente o con posibilidad de durar en estado de ser examinado luego, una vez terminada la conversación, como sucede con la correspondencia postal (*scripta manent*) o con la telegráfica, de la que se lleva un registro en cada oficina(28) lo que hace posible conocer el contenido de tales comunicaciones con posterioridad a su emisión. Por ello, cuando se acuerda la observación telefónica se ha de hacer con vistas a un futuro más o menos duradero, y para la ejecución de la diligencia habrá que utilizar los medios técnicos necesarios para lograr la intervención de la comunicación, así como la grabación magnetofónica de las conversaciones que luego se incorporarán a las actuaciones judiciales(29).

Para evitar todos estos inconvenientes y hacer compatible la eficacia de la medida con el respeto a los derechos del sujeto afectado, el juez instructor habrá necesariamente de acudir al dispositivo excepcional, contenido en el párrafo 2.º del artículo 302 LECr, es decir, a declarar el secreto de las actuaciones antes de acordar la observación telefónica(30).

De esta forma podrá el juez impedir, observando estrictamente la ley, que el sujeto afectado por la medida conozca su existencia, siquiera de momento, mientras se ejecuta; pero el auto en que se acuerde tal medida deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal -a quien, claro está, no puede afectar el secreto del sumario-, como se deduce inequívocamente de los artículos 306, 308, 781, 529,3, 623, 501, 517, 646 y 648 LECr, así como del artículo 3.3 del Estatuto Orgánico del M. Fiscal, que le encomienda la función de «velar por el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa, a cuyo efecto, en cualquier caso, podrá interesar la notificación de cualquier resolución judicial -y por tanto también de la que ordene la intervención telefónica-, de acuerdo con las facultades que le confiere el artículo 4.1 de su Estatuto. De otro modo se impediría al Fiscal ilegítimamente cumplir con la misión encomendada, que en este caso adquiere una mayor importancia y necesidad de la que ya tiene, al ser el único que en este momento procesal podrá combatir una resolución de esta índole si no se ajustara a Derecho, ya que, declarado el secreto de las actuaciones, no podrá ser conocida por el

interesado.

Una vez acordada la medida, mediante el oportuno Auto, el juez instructor podrá oficiar directamente a la oficina de la Compañía Telefónica para que se practique la intervención acordada (arts. 580.2 y 582), en cuyo caso el encargado de la misma que haya hecho la intervención remitirá el resultado de la observación directamente al juez (art. 582), o bien encomendar la ejecución de la diligencia a las Autoridades y agentes de la Policía Judicial (art. 563. 1, inciso primero, *in fine*), los cuales habrán de dar cuenta de su resultado al juzgado y al Ministerio Fiscal en los términos previstos en el artículo 296 LECr, observando estrictamente lo dispuesto en el artículo 297 del mismo cuerpo legal en la ejecución de la diligencia.

Al propio tiempo todos los funcionarios y empleados de telecomunicaciones, como los de la Policía Judicial, deberán guardar secreto y practicar la diligencia encomendada, «procurando no importunar ni perjudicar al interesado más de lo necesario» (art. 552 LECr).

Además debe tenerse en cuenta que si la diligencia hubiera de practicarse en teléfonos instalados en edificios mencionados por el artículo 547 en sus números 1º y 3º, o de buques del Estado, el juez de Instrucción deberá, conforme al artículo 564, al que remite a su vez el artículo 580, oficiar a los jefes, Autoridades y Comandantes de los mismos. Mas no será necesaria tal formalidad cuando se trate de edificios de reunión o recreo comprendidos en el artículo 547.2, al no estar expresamente exigido por el mentado artículo 564 LECr.

Concluida la ejecución de la diligencia, el resultado de la misma, plasmado en la grabación de los mensajes observados, habrá de incorporarse formalmente a los autos bajo fe del Secretario, sin que sea de aplicación a ello lo dispuesto en los artículos 584 y 587, preceptos que, aparte referirse únicamente a la apertura de la correspondencia postal, no entrañan garantía alguna para el interesado, a no ser recoger de manos del juez la correspondencia postal que no se relacione con la causa, cuestión que no cabe cuando se trata de comunicaciones telefónicas.

Lo dicho no impide, sin embargo, que el sujeto afectado esté asistido por el derecho a conocer a posteriori la existencia de la medida, cuando tal conocimiento ha dejado de ser un peligro para el éxito de la instrucción y por el contrario constituye el único medio para poder reclamar ante los órganos competentes el restablecimiento de su derecho si estima que ha sido ilícitamente limitado o lesionado. Tales razones y la de que el Tribunal Constitucional haya exigido (en sentencia de 17 de julio de 1981, entre otras) la motivación de los actos limitativos de los derechos fundamentales, con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las que su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó, obligan a mantener la necesidad de poner en conocimiento del sujeto afectado la existencia de la medida, una vez que su ejecución 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, cuya existencia debe dársele ya a conocer. A la misma solución llevan los razonamientos de la sentencia de 6 de septiembre de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (31).

En íntima relación con la cuestión anterior se encuentra la de concretar la duración de la medida, dada la falta de una solución legal específica en los artículos 579 y ss. LECr, y que debe estimarse fundamental, ya que dicha duración de la medida habrá de consignarse en el auto que la acuerde. La inexistencia de esa limitación temporal es, sin embargo, explicable si se tiene en cuenta que los artículos 301 y 302 LECr, en su redacción originaria (anterior a la Ley 53/1978, de 4 de diciembre), establecían como regla general el carácter secreto del sumario(32) con lo que el juez instructor podía actuar con toda libertad sin que llegase a saberlo el interesado hasta mucho después.

Mas hoy, al carecer la LECr de esa norma específica que marque la duración máxima con que el juez cuenta para observar las comunicaciones telefónicas, la cuestión se ciñe a determinar si éste se halla sujeto a algún límite temporal y, en caso afirmativo, cuál sea éste.

En principio, aceptar la posibilidad del mantenimiento de la observación telefónica indefinidamente, a la

sola voluntad del juez, implicaría no sólo un atentado a la seguridad jurídica, sino vaciar de contenido el derecho consagrado en el artículo 18.3 CE.

Por ello debe afirmarse el carácter temporal de la medida y como principio general establecer que la duración de la misma deberá ser la estrictamente necesaria para los fines de averiguación o comprobación que reclamaron su adopción, conforme a los principios de eficacia de los derechos fundamentales y de respeto a su contenido que proclaman los artículos 10 y 53.1 CE y al principio de lesión mínima que contiene el artículo 552 LECr.

Mas fuera de la norma del artículo 552 no hay en la LECr ninguna otra específica al respecto, sin que tampoco sirva a este fin el plazo de tres meses que establece el artículo 17 de la LO 8/1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, y que pudiera constituir el límite máximo (dado el carácter excepcional de esta ley), ya que el mismo precepto de la ley otorga a los Tribunales la facultad de prorrogar dicho plazo «por iguales períodos».

No obstante, el plazo máximo de duración de la medida viene indirectamente impuesto por el artículo 302 LECr. Pues si para asegurar la eficacia de la medida investigadora el juez de instrucción ha de acudir a la facultad que le otorga tal precepto de declarar el secreto de las actuaciones, y éste no puede mantenerse por un plazo superior a un mes, la observación telefónica no podrá exceder de ese tiempo.

Al mismo tiempo, el artículo 302 contiene otra limitación temporal en función del momento procesal de la conclusión de la instrucción, al ordenar que se alce necesariamente el secreto «con diez días de antelación la conclusión del sumario», y que es de obligada aplicación a la medida aquí estudiada, por constituir una garantía en función del derecho de defensa.

#### NOTAS:

(1)Así, la Constitución mejicana de 5 de febrero de 1917 (art. 25), la italiana de 27 de diciembre de 1947 (art. 15), la sueca de 28 de febrero de 1974 (sec. 2.º, Art. 3), la portuguesa de 2 de abril de 1976"(art. 34.4º), la Constitución de la URSS de 4 de octubre de 1977 (art. 56), la cubana de 24 de febrero de 1976 (art. 56) y la alemana: Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 (art. 10), en el que parece haberse inspirado el modelo español del artículo 18.3 CE.

(2)El derecho aparece proclamado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

(3)No es necesario a este estudio una exposición histórica de los textos constitucionales anteriores al vigente; no obstante, conviene hacer notar que el derecho aparece consagrado en términos semejantes a los del vigente artículo 18.3, en la Constitución del 1 de junio de 1869 (art. 7), y en la de 30 de junio de 1876 (art. 7), que inspiraron los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la intervención judicial de las comunicaciones postales y telegráficas. Por su parte, la Constitución de la Segunda República, de 9 de diciembre de 1931, proclamaba, en su artículo 32, la «inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario».

(4)SILVIO BASILE, Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y Libertades públicas (en la Constitución Española de 1978. Madrid, 1981), página 303.

(5)Así, Sentencia del Tribunal Constitucional número 2/1982, de 29 de enero, entre otras (Boletín de Jurisprudencia Constitucional núm. 10, pág. 102).

(6)No es objeto de este trabajo la limitación judicial de la libertad de comunicar privadamente aludida en la LECr con la denominación de «incomunicación» de detenidos y presos.

(7)Hoy se regula esta materia en la LO 8/1984, de 26 de diciembre (arts. 17 y 18), que vino a sustituir a la LO 11/1980, de 1 de diciembre, la cual, a su vez, sustituyó a la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, pues el

carácter temporal de tales disposiciones exigió su sucesión en el tiempo.

(8) En el mismo sentido, CRUZ VILLADOR, P., "La protección extraordinaria del Estado", en la Constitución Española de 1978, página 709 (Madrid, 1981).

(9) El artículo 17.1º y 2º de la LO 8/1984, de 26 de diciembre, dice: «1. El juez podrá acordar en resolución motivada la observación postal, telegráfica o telefónica por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, respecto de aquellas personas en las que de las investigaciones sobre la actuación de bandas armadas, rebeldes o elementos terroristas a que se refiere esta Ley resulten indicios de responsabilidad criminal o de las que se sirvan para la realización de sus fines ilícitos. 2. En caso de urgencia, esta medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación. »

(10) Vid. Arts. 407, 408, 506 a 511 y 527 de la LECr.

(11) Aunque resulte difícil imaginar la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones privadas por exigencias de un proceso distinto del penal, lo cierto es que la Constitución no impide tal posibilidad.

(12) La capital importancia de las formas procesales, en cuanto entrañan garantías de los interesados, ha sido señalada por el Tribunal Constitucional en sentencias 19/1983, de 14 de marzo, 115/1984, de 3 de diciembre, y 48/1984, de 4 de abril, habiendo llegado a proclamar como principio del proceso penal el de «sujeción al procedimiento», en sentencia 87/1984, de 27 de julio.

(13) Así, igualmente, la ST Constitucional 78/1982, de 20 de diciembre.

(14) La memoria de la Fiscalía General del Estado de 1984, páginas 328 y ss., recoge este trabajo, que se debe al Fiscal Jefe de Oviedo, don ODON COLMENERO GONZALEZ.

(15) La Ley 8 de abril de 1974 añadió al Código Procesal Penal italiano un artículo 226 bis para acoger el régimen de las escuchas telefónicas. El Decreto-ley 377/1977, de 6 de septiembre, dio nueva redacción al artículo 210 del Código Penal portugués con idéntica finalidad.

(16) AGUILERA, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo IV, página 354 (Madrid, 1924).

(17) Memoria FGE 1984, páginas 329 a 333

(18) Comentarios... , página 354 y 355

(19) Vid. *infra* D) Procedimiento para obtener la medida.

(20) Frente a la operación descrita en el artículo 579 LECr, consistente en la intervención en sentido estricto (detención, apertura y examen de la correspondencia), el artículo 582 contempla otra distinta: el acceso al contenido de la comunicación telegráfica (observación) sin necesidad de interceptar la comunicación, que seguirá recibiendo su destinatario en este segundo caso.

(21) No se aplican, como quedó dicho, los artículos 584 y 586, ni tampoco, por idéntica razón, los artículos 581, 585 y 587.

(22) Téngase además en cuenta lo dispuesto en el artículo 7.1.º y 2.º LOPJ.

(23) La sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 exige como riguroso requisito de todo acto que limite un derecho fundamental el de su motivación.

(24) El problema de la competencia de los Juzgados de Distrito quedará resuelto al cumplirse las previsiones de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio (Disposición transitoria tercera).

(25) Memoria de 1899 (Consulta núm. 106); Memoria 1925 (Consulta de 7 de octubre de 1924); Memoria de 1963 (Consulta de 11 de junio de 1963), y Memoria de 1969 (Circular de 4 de marzo de 1969).

(26) Para obviar este y otros inconvenientes prácticos que plantea la aplicación a las escuchas telefónicas de las normas reguladoras del proceso penal se acude precisamente con toda falta de rigor legal a las llamadas diligencias indeterminadas, que, no sometiéndose a estos preceptos, excluyen la posibilidad o necesidad de notificaciones a costa, eso sí, de traicionar las garantías de todos los interesados.

(27) El artículo 18.1 de la LO 8/1984 establece que «las resoluciones en que se decreten las suspensiones de derechos contenidos en los artículos precedentes (el art. 17 se refiere a la observación postal, telegráfica y telefónica) serán notificadas inmediatamente a los interesados, salvo cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones».

(28) Vid. Real Orden de 16 de septiembre de 1883 (Gaceta de 7 de septiembre núm. 270).

(29) El valor probatorio de las grabaciones será, en principio, el mismo de los atestados, ya que las dificultades técnicas impedirán, mientras no se rodeen de las necesarias garantías, que alcancen el valor de las actuaciones sumariales.

(30) De la necesaria aplicación del artículo 302.2º LECr como presupuesto para acordar la observación telefónica resulta otra reducción del campo de aplicación de la medida a los procedimientos en que se investiguen delitos públicos.

(31) Dada la inspiración del artículo 18.3 de nuestra Constitución en el artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn, conviene tener en cuenta que el artículo 101.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Alemana, modificado a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de aquel país de 15 de diciembre de 1970, establece que «los interesados sean informados de las medidas adoptadas contra ellos desde que la notificación puede hacerse sin comprometer el principio de la encuesta» (art. 2 de la Ley G 10). Corte Europea de DH, caso KLASS y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978, serie A, número 28.

(32) Los artículos 301.1º y 302.1º de la LECr, en su redacción originaria disponían:

«301.1º Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley.

302.1º El Juez instructor podrá autorizar al procesado o procesados para que tomen conocimiento de las actuaciones y diligencias sumarias cuando se relacione con cualquier derecho que intenten ejercitar, siempre que con dicha autorización no perjudique a los fines del sumario. »