

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 66. Segundo trimestre 2002

Català i Bas, Alexandre H.

Profesor de Derecho constitucional. Universitat de València

LA PROBLEMÁTICA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE ESCUCHAS TELEFÓNICAS A LAS EXIGENCIAS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS CONSECUENCIAS (1)

Estudios

Serie: *Constitucional*

VOCES: ESCUCHAS TELEFONICAS. SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. INTERVENCIONES TELEFONICAS.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. Valor del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH
- III. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones en las jurisprudencias del TEDH y del Tribunal Constitucional
- IV. El caso francés
- V. El caso español
- VI. La adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos
- VII. Conclusión

TEXTO

I. INTRODUCCIÓN

Consagrado como uno de los derechos fundamentales, el derecho al secreto de las comunicaciones aparece recogido en nuestra Constitución en el artículo 18.3 en los siguientes términos:

«Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial»,

El Convenio Europeo de Derechos Humanos lo hace en su artículo 8:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto(...) de su co-rrespondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Comparar la redacción de estos dos artículos, el del Convenio y el de la Constitución, nos conduce a una cierta paradoja. Por una parte, la Constitución española habla de «comunicaciones», mientras que el Convenio utiliza el término «correspondencia» que en un sentido estricto es sinónimo de comunicación epistolar. Por otra, la Constitución expresamente solo se refiere al «secreto», mientras que el Convenio habla de forma genérica de «respeto» a la correspondencia. Sin embargo, ya avanzamos que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional los ha convertido en sinónimos pudiendo hablar, buscando un concepto que englobe ambas terminologías, de derecho al respeto de las comunicaciones.

Cabe poner de relieve un hecho: la enorme atención que este derecho ha merecido por parte de la doctrina en los últimos tiempos. Así, y en palabras de MONTERO AROCA, que, aunque referidas a las comunicaciones telefónicas, pueden hacerse extensivas a todo tipo de comunicación: «en el inicio de los años ochenta,(...), las escuchas telefónicas, la observación de las comunicaciones telefónicas o la intervención de teléfonos, desde la nada legal pasó a ser tema de gran actualidad. (...), desde la falta de regulación legal y de atención doctrinal, la intervención de las comunicaciones telefónicas ha pasado a ser un tema que ha merecido la atención reiterada del legislador, de la doctrina, e, incluso de la sociedad» (2).

La jurisprudencia del TEDH con relación a las escuchas telefónicas ha cogido con el paso cambiado a muchos de los países de nuestro entorno como Francia, Reino Unido o Italia cuyas normativas no se adecuaban a las exigencias del CEDH. De ello tampoco escapó España que fue condenada en la sentencia Valenzuela Contreras de 20 de julio de 1998. La cuestión que vamos a abordar en este estudio es si la actual regulación satisface las expectativas del Convenio. Ya adelantamos que existe una gran coincidencia a todos los niveles(catedráticos, magistrados, fiscales...) a la hora de afirmar que la normativa vigente en materia de escuchas telefónicas es más que deficiente.

II. VALOR DEL CEDH Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte de nuestro ordenamiento interno(art. 96 CE). Ello supone, de acuerdo con MARTÍNEZ SOSPEDRA, «primero, el CEDH está dotado de la eficacia de la ley, es decir tiene fuerza de ley, puede por ello innovar el ordenamiento, tiene efectos derogatorios, vincula a las normas reglamentarias, etc.; segundo, como norma con fuerza de ley, el Convenio es norma de necesaria aplicación por parte de los tribunales ordinarios(...); tercero, es posible formular pretensiones, tanto ante la Administración como ante los Tribunales amparado por el Convenio, incluso con el sólo amparo del mismo, el Convenio es norma invocable ante las Administraciones y ante los Tribunales por sí mismo; cuarto, en la medida en que una disposición reglamentaria incida en las materias reguladas por el Convenio debe ser interpretado necesariamente de conformidad con el mismo, y debe procederse a su inaplicación en caso de que exista contraste entre el Convenio y reglamento; quinto, en cuanto norma con fuerza de ley, el Convenio forma parte necesaria del parámetro de legalidad que debe formar el juez ordinario al efectuar juicio acerca de la conformidad con la legalidad misma de los actos de la Administración» (3).

La especificidad del Convenio con relación a otras normas internacionales de protección de los dere-

chos humanos es la existencia de un tribunal que aplica e interpreta el Convenio. El Convenio, abre un procedimiento especial de amparo de los derechos contemplados en el mismo que podrá ser utilizado una vez agotada la vía interna.

En cuanto a la naturaleza de las sentencias del TEDH, señala MORENILLA RODRÍGUEZ que «el Tribunal no es, en modo alguno una última instancia -judicial o constitucional- supranacional que se incorpora al sistema de recursos de cada Estado para anular o corregir las resoluciones de las autoridades judiciales o administrativas o para invalidar normas de derecho interno» (4). Efectivamente, las sentencias del TEDH se limitan, en principio, a constatar la realidad de una violación de alguno de los derechos del CEDH. Son, pues, de carácter declarativo. Sin embargo, el antiguo artículo 50, actual artículo 41 CEDH, al establecer la posibilidad de que el TEDH pueda fijar una satisfacción equitativa a la parte lesionada en caso de que no se reparen las consecuencias de la resolución o medida de las autoridades nacionales, introduce un elemento de condena que lleva a esta autor a afirmar que «las sentencias de fondo del TEDH, aunque formalmente son meramente declarativas, intrínsecamente son sentencias declarativas de condena» (5).

Por lo que respecta a los efectos de las sentencias del TEDH, cabe distinguir entre el efecto de cosa juzgada y el efecto de cosa interpretada. En cuanto al primero de ellos, el de cosa juzgada, como advierten DRZEMCZEWSKI y TABERNIER, el TEDH nunca ha afirmado expresamente la autoridad de cosa juzgada de sus sentencias. Ello no obstante, ésta deriva incontestablemente de la redacción de los antiguos artículos 52 y 53, actual artículo 46 del CEDH (6). De acuerdo con LAMBERT, en este ámbito, «el concepto de cosa juzgada responde sobre todo a dos imperativos: de una parte, tiene como efecto poner fin a una controversia entre el individuo y el Estado(...). La cosa juzgada europea asegura la protección del individuo ante un orden estatal, responsable y juez a la vez. De otra parte, permite, sobre todo, que el Estado Parte respete sus obligaciones convencionales y participe en el desarrollo de valores europeos comunes» (7). Se desprende del antiguo artículo 43, actual artículo 46 del CEDH, que las sentencias del TEDH disfrutaban de una autoridad relativa de cosa juzgada (8) en el sentido de que sólo los Estados demandados tienen la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. Así, por ejemplo, cabe observar las SSTEDH Dudgeon c. Reino Unido de 22 de octubre de 1981 y Norris c. Irlanda de 26 de octubre de 1988 y Modinos c. Chipre de 22 de abril de 1993. En la primera de ellas, el Tribunal falló que la legislación de Irlanda del Norte relativa a la represión de la homosexualidad vulneraba el artículo 8 CEDH. Ahora bien, de dicha sentencia no se desprendía para Irlanda, cuya legislación era idéntica a la de Irlanda del Norte, ningún tipo de obligación de proceder a una modificación de su derecho interno. Habrá que esperar a la STEDH Norris para que el TEDH declare igualmente que la legislación de Irlanda relativa a la represión de la homosexualidad suponía una vulneración de dicho precepto y a la STEDH Modinos de 22 de abril de 1993 para que haga lo propio con la legislación chipriota. En definitiva, los efectos son *inter partes* y no *erga omnes*. Ahora bien, tal como advierte RUIZ MIGUEL, «si el TEDH enjuicia una norma singular parece claro que, en principio, su pronunciamiento sólo afecta a los sujetos afectados por esa norma singular (sentencia, acto administrativo, acto no legislativo del Parlamento). Pero también puede suceder que el TEDH enjuicie una norma general. En este caso, parece también claro que los efectos de la sentencia no sólo repercuten sobre las partes del proceso ante el TEDH y el reclamante particular, sino también sobre los demás sometidos a dicha norma general» (9).

Con relación al segundo de estos efectos, el de cosa interpretada, destaca LINDE que poco se aportaría al sistema interno de protección con la introducción de una norma que a su vez necesita ser interpretada (10). La existencia del TEDH, encargado de interpretar y aplicar el Convenio en todos aquellos asuntos de los que conozca, es el elemento diferencial más destacado del CEDH con relación al resto de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y obliga a aceptar la interpretación que de los derechos y libertades contenidos en el CEDH haga dicho Tribunal. En la STEDH Irlanda c. Reino Unido de 18 de enero de 1978, el TEDH afirmó que:

« [sus] sentencias sirven no solamente para solucionar el caso en las que son dictadas, sino más ampliamente para clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas de la Convención, y a contribuir al respeto de los Estados a las obligaciones que han asumido en su calidad de Partes Contratantes»(Párr. 158).

Por lo tanto, la autoridad de las sentencias se extiende de forma indirecta a los Estados no partes en el litigio (11). Ello es básico si tenemos en cuenta el artículo 10.2. CE que señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, por el juego combinado del doble reenvío(reenvío del artículo 10.2 de la Constitución al Convenio y el reenvío del artículo 45 (12) del Convenio a las sentencias del Tribunal Europeo), la jurisprudencia del Tribunal Europeo es directamente pertinente para las disposiciones de la Constitución española relativas a los derechos y libertades fundamentales (13). En palabras de RUIZ MIGUEL, «las sentencias del TEDH pueden tener efectos sobre los no implicados en el asunto juzgado, si bien esos efectos no van a tener la fuerza de cosa juzgada, en la medida en que estos terceros no fueron parte en el proceso. Este efecto radiactivo es el efecto de cosa interpretada» (14). Según LINDE, a efectos de verificar el sentido y alcance de los derechos y libertades del título I de la Constitución, ésta se vincula a las interpretaciones llevadas a cabo por el referido Tribunal» (15). Así parece haberlo entendido nuestro Tribunal Constitucional, que en la sentencia 36/1984, de 14 de marzo, señala que la remisión que el artículo 10.2 CE hace a los tratados:

«autoriza y aun aconseja referirse para la búsqueda de estos criterios a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»(FJ 3).

De forma más clara con relación a la obligación de asumir la interpretación que el TEDH haga del CEDH, la STC 114/1984, de 29 de noviembre, habla de:

«vía interpretativa impuesta por el artículo 10.2 de la Constitución»(FJ 3).

La STC 5/1985, de 23 de enero, por su parte, admite que la remisión a la jurisprudencia del TEDH viene impuesta por el mandato constitucional contenido en el artículo 10.2 CE:

«es también de importancia capital traer a colación, por lo que tiene de ilustrativo, y aun de criterios interpretativos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al artículo 6 de la Convención Europea ratificada por España. Y es así, en cuanto a la doctrina constitucional propia, por el valor de precedente(una muestra de ese valor, artículo 13 de la LOTC), y por lo que se refiere a la doctrina del TEDH, por mandato constitucional(art. 10.2 de la CE)»(FJ 316).

DELGADO BARRIO concluye, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que «puede perfectamente apreciarse cómo el primer itinerario hermenéutico del Tribunal Constitucional es siempre(...) el que conduce a la jurisprudencia del Tribunal Europeo» (17) y MARTÍN-RETORTILLO, habla incluso de «la fascinación por la jurisprudencia de Estrasburgo» poniendo de relieve el hecho de que cuando «el Tribunal Constitucional español inicia su andadura se va a mostrar muy receptivo y con gran sensibilidad para con las corrientes jurisprudenciales que dejaban sentir su influjo. Dentro de esta tan viva corriente, va a ocupar una plaza destacada la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo» (18). Por lo tanto, por mor del artículo 10.2 CE y como señala MARTÍNEZ SOSPEDRA, «el contenido de las declaraciones internacionales a las que dicho precepto constitucional hace referencia, se convierte en cierto modo, en el contenido de los preceptos constitucionalmente correlativos» por lo que «la recepción de la jurisprudencia del TEDH se convierte en algo muy parecido a una operación constitucionalmente necesaria» (19). No hay más que acudir a la STC 36/1991, de 14 de febrero, en la que el alto Tribunal señala:

«Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 CE, pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los

que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Cap. II Tít. I CE. Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 CE, pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Cap. II Tít. I CE»(FJ 5).

Y así ha sucedido con relación a la jurisprudencia del TEDH sobre escuchas telefónicas pues los requisitos exigidos por el CEDH pasan a formar parte de forma inexcusable del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones. Al respecto dice GIMENO SENDRA que esta norma constitucional(art. 18.3 CE) «al igual que todas las que tutelan los derechos fundamentales, precisa ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su órgano jurisdiccional de aplicación, esto es, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de derechos Humanos» (20). El propio Tribunal Constitucional en su STC 236/1999, de 20 de diciembre, hace especial hincapié en que la doctrina del TEDH sobre las garantías inexcusables que han de rodear las injerencias en este derecho forma parte de su contenido esencial:

«En relación con las intervenciones telefónicas existe un cuerpo de doctrina de este Tribunal(entre otras, en las SSTC 85/1994, 86/1995, 181/1995, 49/1996, 123/1997 y sobre todo la 44/1999) que, en sintonía con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, predica el cumplimiento de una serie de exigencias inexcusables que afectan al núcleo esencial de aquel derecho fundamental...»(FJ 221).

El propio TEDH ya advirtió en el caso Reino Unido c. Irlanda de 18 de enero de 1978 que sus sentencias iban más allá de la solución de un conflicto concreto pues servían también para clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio y para contribuir al respeto por parte de los Estados a las obligaciones asumidas en su cualidad de partes Contratantes (22).

En cuanto a la ejecución de las sentencias del TEDH hay que partir de la naturaleza declarativa de dichas sentencias. Queda claro que las sentencias del TEDH no pueden anular una disposición normativa, una sentencia o un acto administrativo. Así lo ha señalado nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 291/1991, de 16 de diciembre:

«La aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH, no supone, sin embargo, que las sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva»(FJ 2).

El problema surge a la hora de casar la obligatoriedad de las sentencias del TEDH con el carácter no ejecutivo de las mismas. Los Estados Parte tienen la obligación de conformarse a las decisiones del TEDH, tal como se deduce del artículo 46 CEDH. En este sentido, en la STEDH Marckx, de 13 de junio de 1976, se afirma que:

«La sentencia del Tribunal es esencialmente declarativa y deja al Estado la decisión de los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que le impone el artículo 53»(Párr. 5823).

Ello obliga al Estado demandado a adoptar las medidas oportunas para poner fin a la vulneración del derecho en cuestión, tal como lo reconoce el propio Tribunal Constitucional en la STC 291/1991:

«[Que] el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la

declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio»(FJ 3).

Ahora bien, en cuanto a las concretas medidas para poner fin a la vulneración del derecho, éstas quedan a discreción del Estado demandado pues el TEDH no puede ni imponer ni sugerir el tipo de medidas a adoptar, tal como advierte el propio TEDH en la STEDH Belilos de 29 de abril de 1988:

«Su sentencia deja al Estado el escoger los medios en su orden jurídico interno para cumplir la obligación que se deriva del artículo 53»(Párr. 7824).

Las medidas han de estar encaminadas a poner fin a la violación procediendo a restablecer a la víctima en su derecho, intentando, en primer lugar una *restitutio in integrum* y, en caso de no ser posible, procediendo a la correspondiente indemnización. Dicha medida puede pasar por anular la disposición o acto que haya infringido el Convenio o, incluso, reformar la legislación, cosa ésta que puede ser, en ocasiones, más que conveniente para evitar ulteriores demandas. Al respecto distingue RUIZ MIGUEL entre el examen y enjuiciamiento por parte del TEDH de normas singulares(sentencias, actos administrativos y normas singulares provenientes de los Parlamentos) y de normas generales, pudiendo llevar a cabo, incluso, en este segundo supuesto un control *in abstracto*. Esta segunda cuestión le merece a este autor una calificación totalmente negativa ya que, en palabras suyas, «todo ello reviste una notoria gravedad, pues un órgano de legitimación democrática debilitadísima puede alterar las normas que democráticamente(con intervención, incluso del poder constituyente) se van a dictar en un determinado Estado» (25). Hay que prestar especial atención a esta cuestión. El TEDH ha actuado en más de una ocasión a modo de legislador europeo y no sólo en un sentido negativo declarando que determinadas normas no se adecuan al CEDH, sino en un sentido positivo al indicar qué extremos han de reunir para no ser contrarias al mismo. De esta manera, por ejemplo, en la STEDH Huvig de 24 de abril de 1990, como tendremos ocasión de ver, el Tribunal de Estrasburgo no se limitó a declarar que la legislación francesa sobre escuchas telefónicas no era compatible con el CEDH sino que enumeró los requisitos que habría que reunir la norma que regulara esta cuestión.

Sin embargo, lo cierto es que el alcance de la medida interna queda a la discrecionalidad del Estado y, en todo caso, bajo la supervisión del Comité de Ministros, pudiéndose dar el caso de que se considere que es suficiente la satisfacción equitativa prevista en el CEDH sin ningún tipo de ulterior medida, o, como se ha dado el caso, la simple y vaga promesa del Estado demandado de llevar a cabo una reforma en un sentido determinado (26). El problema se agudiza cuando el acto interno es una sentencia. Como señala SORIA JIMÉNEZ, «la puesta en práctica del pronunciamiento encuentra un obstáculo en el efecto de cosa juzgada que recae sobre las sentencias firmes» (27), problema no re-suelto de forma satisfactoria en nuestro ordenamiento tal como se desprende de la STC de la ejecución de sentencias en nuestro ordenamiento interno 245/1991, de 16 de diciembre(caso Bultó), en la que como apuntó SORIA MARTÍNEZ «el Alto Tribunal se encuentra ante una situación en la que, si no otorga efectividad al fallo del TEDH a través de la fórmula del amparo constitucional únicamente dejaría a disposición de los condenados la posibilidad de reanudar los trámites para obtener la satisfacción equitativa del artículo 50.(...) Ante esta disyuntiva(...) el Alto Tribunal se ve forzado(...) a utilizar el recurso de amparo» (28). Esta sentencia mereció dos votos particulares de los magistrados GIMENO SENDRA Y LEGUINA VILLA en los que mostraban su plena disconformidad. El primero, especialmente crítico, mantiene que con dicha sentencia se viene a convertir «al Tribunal de Estrasburgo en una «supercasación constitucional» y a este Tribunal Constitucional en un órgano ejecutor de las sentencias de aquél». Con dicha sentencia el Tribunal Constitucional «ha desnaturalizado el amparo, convirtiéndolo en un recurso de revisión, ha vulnerado la cosa juzgada material(...) y ha dispuesto un procedimiento de ejecución que puede vulnerar nuevos derechos fundamentales». Por su parte, el Magistrado LEGUINA VILLA está de acuerdo con el fallo pero considera que, partiendo de una interpretación menos restrictiva del artículo 240.2 de la LOPJ (29) en lo referente a la firmeza de las

sentencias, «no es fácil entender(...) que tales sentencias penales no pueden, sin embargo, ser anuladas por el Tribunal Supremo porque el citado artículo 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial(...) no lo permite». RUIZ MIGUEL pone de relieve como «la sentencia Bultó cerró en falso el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento español» (30), tal como ha demostrado la STEDH Ruiz Mateos de 23 de junio de 1993 y la Providencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1994.

Pasados diez años desde el llamamiento efectuado por el Tribunal Constitucional en la STC 245/1991, reclamando una solución al problema, el legislador aún no se ha dado por enterado. Se han apuntado al respecto varias soluciones (31): incluir un nuevo motivo en el recurso de revisión(tesis mantenida por, entre otros, MORENILLA RODRÍGUEZ (32) y CARLOS RUIZ (33)), la firma de un nuevo Protocolo sobre ejecución de sentencias, o, en el caso de sentencias penales, la vía del indulto(soluciones, las tres primeras, a las que hace referencia el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de abril de 1990 en sus FJ 3 y 4), interpretación más flexible del término «firmeza» en el sentido de que la supuesta firmeza de las sentencias penales no sea tal frente a lesiones de derechos fundamentales(solución dada, si bien a falta de otros medios procesales más adecuados, por LEGUINA VILLA en su voto particular en la STC 245/1991, de 16 de diciembre), incluir en la LOPJ un nuevo motivo de nulidad de las sentencias, crear una vía específica de nulidad para estos casos(tesis mantenida por BUJOSA VADELL (34)) o la aprobación de una ley reguladora de la ejecución de las sentencias del TEDH(tesis mantenida por SORIA JIMÉNEZ (35)). Como conclusión, podemos afirmar con GIMENO SENDRA y GARBERI LLOBREGAT que «el problema de la ejecución de sus sentencias(*del TEDH*) sigue teniendo en España una solución en gran medida insatisfactoria» (36).

Puede suceder, y esto es lo que aquí nos interesa, que se condene al Estado demandado debido a que su legislación no se adecue a las exigencias del CEDH. Como tendremos ocasión de ver, el TEDH examina si la legislación que permite una injerencia en uno de los derechos recogidos en el Convenio cumple con una serie de requisitos de calidad exigibles a un Estado de Derecho: previsibilidad, accesibilidad, etc. ¿Qué sucede en estos casos? Obviamente, la sentencia del TEDH no puede anular dicha norma, ello no obstante, si el Estado demandado no procede a modificarla se enfrenta a nuevas condenas. Como señala MARGUENAUD, en virtud del artículo 53 (37), los Estados se obligan a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en los que son parte (38) y tienen la obligación de adoptar las medidas individuales encaminadas a corregir la violación constatada en cada caso. Ello no obstante, piensan que este texto les deja, por otra parte, libertad de adoptar o no medidas generales reformando la regla general origen de la violación. Esta idea, formalmente correcta, lo único que conlleva es que el estado se vea de nuevo condenado en ulteriores casos en los que haya aplicado dicha normativa (39), tal como le sucedió a Bélgica en los casos Marckx de 13 de junio de 1979 y Vermeire de 29 de noviembre de 1991. En el primero de los casos, el TEDH condenó a Bélgica pues la legislación belga introducía una discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales a efectos de derechos sucesorios. Consecuencia de ello, Bélgica procedió a reformar su legislación, sin ninguna prisa, dicho sea de paso, cosa que se plasmó en la Ley de 31 de marzo de 1987, es decir ocho años después. En este intervalo de tiempo se enfrentó a un caso similar al que aplicó la legislación vigente no conforme al Convenio lo que le valió el 29 de noviembre de 1991 una segunda condena. Como señala MARGUENAUD, el caso Vermeire demuestra con claridad que un Estado no está a salvo de una nueva constatación de violación cuando sus tribunales no aplican a cada nuevo caso los principios derivados de una sentencia anterior y cuando su legislador tarda en traducirlos a las reglas internas (40).

III. EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES EN LAS JURISPRUDENCIAS DEL TEDH Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (41)

Tal como apuntábamos, el TEDH lleva a cabo una interpretación extensiva del término correspondencia no circunscribiéndola a la comunicación epistolar. Para el TEDH, por correspondencia cabe entender cartas, envíos postales y telecomunicaciones, especialmente conversaciones telefónicas. Así, en la sentencia Klass de 6 de septiembre de 1978 señala que:

«El párrafo 1 del artículo 8 no menciona las conversaciones telefónicas; el Tribunal estima, con la Comisión que las mismas se encuentran comprendidas en las nociones de "vida privada" y de "correspondencia"»(Párr. 41).

«El Tribunal debe, pues, admitir que la existencia de disposiciones legislativas acordando las facultades de vigilancia secreta sobre la correspondencia, los envíos postales y las telecomunicaciones...»(Párr. 4842).

En cuanto a la delimitación del concepto constitucional de comunicaciones, por mor del artículo 18.3 CE, hay que entender comprendidas las postales, telegráficas y telefónicas. Obviamente no se trata de un *numerus clausus*, como se desprende de la redacción de dicho artículo (43). Sin embargo, ha existido una gran polémica en torno a los paquetes postales. El TEDH, como hemos señalado anteriormente, parece colocarlos en la sentencia Klass de 6 de septiembre de 1978 bajo la égida del artículo 8. En nuestro ordenamiento, el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de noviembre de 1997 da solución definitiva a la polémica considerándolos incluidos.

A la hora de buscar una definición de este derecho, hay que advertir la carencia de la misma en la jurisprudencia de los órganos del Convenio (44). El TEDH, recogiendo el parecer de la ComEDH, señaló en la STEDH McCallum de 30 de agosto de 1990 que:

«El derecho al respeto a la correspondencia garantizado por el artículo 8.1 supone la libertad de estas comunicaciones, sólo sometido a las limitaciones del apartado 2.º del mismo precepto».

Con este derecho se persigue la salvaguarda del proceso de comunicación entendido como «todo proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio técnico» (45). Presenta, una doble dimensión: por una parte, la libertad de la comunicación -«derecho de poder comunicar y corresponder con otros sujetos, sin que se de interrupción o suspensión alguna al curso normal de una correspondencia o de una comunicación»- y, por otra, el secreto del mensaje -«derecho a que sujetos distintos del destinatario no conozcan, ilegítimamente, el contenido de una correspondencia o de una comunicación» (46)-. La primera garantiza la libre circulación del soporte, la segunda el respeto al contenido del mensaje. Desde esta última perspectiva señalar que el secreto tiene un carácter meramente formal y objetivo. Ello hace que se proteja todo tipo de mensajes, cualquiera que sea su naturaleza: mensajes pertenecientes al círculo íntimo y mensajes de carácter comercial o profesional.

Las injerencias de las autoridades estatales pueden incidir en algún momento del *íter* de la comunicación (47), o suponer una intromisión en el círculo restringido de la confidencialidad del mensaje. Derecho al secreto y libertad de uso son, pues, dos conceptos que van unidos al derecho al respeto de las comunicaciones.

De esta manera, entiende el TEDH que caen dentro del ámbito del artículo 8 aquellas actuaciones que inciden no solo sobre el contenido de la comunicación, es decir sobre la confidencialidad o secreto, sino también sobre la libertad de correspondencia, es decir sobre el soporte de la comunicación. Así nos encontramos, a título de ejemplo, con los siguientes tipos de actuaciones:

Con relación a la comunicación postal:

1. Impedimento de iniciar la correspondencia (48).
2. Apertura y lectura de la correspondencia (49).
3. Interceptación, que supone el impedimento de remitir la correspondencia (50).
4. Restricción, que supone la prohibición total durante un periodo de tiempo de remitir o recibir correspondencia (51).
5. Retraso en el envío o en la recepción de cartas (52).

6. Aprehensión y examen tras un registro domiciliario de la correspondencia (53).

7. Censura, que supone la eliminación de determinados pasajes de una carta (54).

Con relación a la comunicación telefónica:

1. Escuchas telefónicas que suponen la intervención de las conversaciones y el registro de las mismas (55).

2. Recuento que supone «el empleo de un mecanismo(un contador combinado con un aparato impresor) que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y la duración de cada llamada» (56).

En cuanto al contenido de la comunicación, el TEDH deja claro que la correspondencia que se protege en el CEDH no solo es la íntima, sino que se extiende a la profesional. Así, a tenor de la STEDH Niemietz, de 16 de diciembre de 1992:

«Basta constatar al respecto que en el artículo 8, al término correspondencia, contrariamente al término vida no le acompaña de ningún adjetivo».

Por último, el TEDH considera en la STEDH Malone de 2 de agosto de 1984 que la confidencialidad alcanza a la identidad de las personas con las que se lleva a cabo la comunicación (57).

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, nos encontramos con que a pesar de que la Constitución Española habla únicamente del derecho al secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional extiende la protección del artículo 18 a la libertad de comunicación. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, muestra que sigue de cerca la jurisprudencia del TEDH al afirmar que el derecho en cuestión protege no solo el secreto sino también el propio proceso de comunicación, haciéndose eco del caso Malone que extendía la protección a otras cuestiones tales como la identidad de los interlocutores:

«El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto(que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado(apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido de que el artículo 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de "secreto", que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 -caso Malone- reconoce expresamente la posibilidad de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado comptage, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma»(FJ 7).

Es indudable que el derecho de toda persona al respeto de su correspondencia está sujeto a una serie de limitaciones que permiten a los poderes públicos, introducirse por razones de interés general, en ese ámbito reservado del individuo. A esta idea responde el 2.º apartado del artículo cuyo objetivo es alcanzar un equilibrio entre los derechos del individuo y los intereses más generales de la sociedad democrática. Como se destaca en la STEDH Klass de 6 de septiembre de 1978:

«El Tribunal juzga inherente al sistema del Convenio una cierta conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y aquellos otros relativos a la salvaguarda de los derechos individuales. De esta manera, como señala el Preámbulo del Convenio, «el mantenimiento de las libertades fundamentales se apoya esencialmente sobre un régimen político verdaderamente democrático de una parte y, de otra, sobre una concepción común y un común respeto de los derechos humanos que los Estados

contratantes reclaman».

Defiende el TEDH la conveniencia de injerencias en este derecho en determinadas circunstancias (58). La sociedad actual se enfrenta a enormes problemas como «las amenazas por parte de formas complejas de espionaje y de terrorismo» (59), «el aumento de la delincuencia, especialmente la organizada» (60) o «las serias dificultades, en la lucha contra la evasión de capitales y contra las defraudaciones a Hacienda» (61), que hacen necesaria la adopción de mecanismos eficaces de lucha contra los mismos. El TEDH admite en la Sentencia Klass, de 6 de septiembre de 1978, que:

«La existencia de disposiciones legislativas acordando poderes de vigilancia de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarias en una sociedad democrática para la defensa de la seguridad y/o la defensa del orden y la prevención de infracciones penales»(Párr. 48).

Sin embargo ello encierra el peligro de convertir al Estado en un Estado policía. El Tribunal «consciente del peligro de ver destruir la democracia con el motivo de defenderla»(Párr. 49)

llega a la conclusión de que la necesidad de luchar contra esas lacras sociales no supone el poder de adoptar

«Cualesquiera medidas juzgadas apropiadas por los Estados contratantes»(Párr. 49).

Para evitarlo es necesario que:

«El ejercicio de semejantes facultades que crean por su naturaleza secreta el riesgo de abusos(...) se rodee de garantías suficientes»(Párr. 5062).

El TEDH señala que las cláusulas restrictivas han de ser objeto de una interpretación estricta (63). Las grandes líneas de la doctrina de los límites contenida en las sentencias del TEDH con relación al artículo 8 CEDH pueden sintetizarse como sigue:

1. La injerencia ha de estar *prevista por la ley*.

En primer lugar cabe fijar qué entiende el TEDH por «ley». De acuerdo con su jurisprudencia dicho concepto ha de ser entendido en los siguientes términos:

1. Derecho en vigor en un sistema jurídico determinado. Es decir, ley será sinónima de derecho interno (64).

2. No hay que entender el término ley en sentido formal(como disposición general emanada del Parlamento) sino en sentido material incluyendo no sólo leyes propiamente dichas sino también disposiciones de rango infralegislativo (65). En principio, quedan excluidas las disposiciones de carácter interno de la Administración, como las circulares e instrucciones que, sin embargo, podrán ser tenidas en cuenta, en la medida en que fuesen conocidas por los interesados, para averiguar si al aplicar la norma correspondiente se había respetado el requisito de la previsión (66).

3. Se incluye, de acuerdo con la STEDH Sunday Times de 26 de abril de 1979, el derecho no escrito en clara referencia al ordenamiento inglés (67).

4. En cuanto a la jurisprudencia, el TEDH la considera incluida en el término ley pues la misma juega un papel destacado en la Europa continental, hasta el punto de que todas las ramas del Derecho positivo son resultado, en buena parte, de las resoluciones de los jueces y tribunales. En un ámbito amparado por el «derecho escrito», la ley es el texto en vigor tal como los tribunales competentes lo han interpretado teniendo en cuenta, en su caso, la constante evolución jurídica. Por ley hay que entender el derecho en vigor en un sistema jurídico dado y la jurisprudencia que lo interpreta. Por tanto, no infringiría el Convenio el hecho de que la injerencia de la autoridad pública no apareciese establecida de forma expresa en un texto normativo pero sí a través de una interpretación de las normas existentes realizada por los tribunales. Así lo establece el TEDH en las sentencias Huvig y Kruslin de 24 de abril de 1990.

Fijado el término ley cabe pasar a analizar qué se entiende por «injerencia prevista por la ley». La jurisprudencia del TEDH al respecto la podemos sintetizar del siguiente modo:

1. Por prevista por la ley cabe entender no sólo la simple re-mi-sión al Derecho interno, sino también a la calidad de la ley te-niendo que ser, por tanto, compatible con la supremacía del Derecho -uno de los principios subyacentes en el Convenio (68).

2. La referencia a la calidad de la ley exige que la misma sea accesible y previsible. El requisito de accesibilidad requiere que la ley pueda conocerse. El ciudadano debe disponer de suficiente información sobre las normas jurídicas aplicables al caso (69). Para ello, la ley aplicable ha de estar publicada en los cauces normales de difusión del Derecho en el Estado concreto o, como mínimo, tenerla a disposición de los ciudadanos (70).

Además, ha de ser previsible: sólo se puede considerar como ley, «la norma que se expresa con la suficiente precisión para permitir al ciudadano ajustar su conducta, y que pueda prever razonablemente las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada.

La previsibilidad supone:

a) Claridad en los términos.
b) Razonable certeza sobre los casos en que un órgano público puede llevar a cabo una injerencia en el ejercicio de alguno de los derechos objeto de protección.

920 Las exigencias con relación a la previsión varían según las concretas circunstancias del caso (71).

3. La legislación interna debe establecer alrededor de las injerencias todo un entramado de medidas encaminadas a impedir arbitrariedades o abusos. Sin embargo, la exigencia de establecer este tipo de medidas, «no significa que sea necesario que las garantías se incluyan en el mismo texto que se imponen las restricciones» (72).

4. Hay que tener presente que el Derecho no es algo estático, anclado en un determinado momento histórico sino que posee un dinamismo intrínseco que le permite adaptarse a los cambios de la sociedad. Para ello, muchas leyes se sirven de fórmulas genéricas o vagas, cuya interpretación y aplicación depende de la práctica (73), otorgando de esta manera facultades discrecionales a las autoridades públicas. El Tribunal admite que las leyes otorguen facultades de este tipo. Ello no obstante, «los Estados no disponen de una discrecionalidad ilimitada y menos aún con relación a facultades que se ejercen de forma secreta sino que debe ser objeto de límites» (74).

El TEDH advierte de los peligros de encorsetar en demasía la ley haciéndola en la práctica inefectiva. Por una parte, señala que «la ley que concede una facultad discrecional debe fijar el alcance y modalidades de su ejercicio»(de lo contrario iría contra el principio de la supremacía del Derecho), por otra, «ello no supone incluir en la ley el detalle de las normas y procedimientos que han de tenerse en cuenta, dado que es imposible llegar a una certeza absoluta al redactar las leyes, corriéndose el peligro, en caso de tener dicha intención, de producir una rigidez excesiva» (75).

El Tribunal ha considerado que no estaban previstas por la ley las siguientes injerencias:

a) Las injerencias que tienen su origen en meras normas internas que no tienen carácter público. En el caso Silver de 25 de marzo de 1983, el TEDH afirmó que una serie de injerencias por parte de las autoridades británicas en la correspondencia de unos presos se deducían no del Reglamento penitenciario de 1964, en concreto de sus artículos 33 y 34, sino de una serie de instrucciones internas que no habían sido publicadas. Dichas instrucciones, de carácter administrativo, no tenían en el derecho interno el carácter de «ley» en el sentido del Convenio. El TEDH concluyó que las injerencias litigiosas no podían deducirse razonablemente del Reglamento penitenciario y su aplicación, por tanto, no podía estar «prevista por la ley» al no satisfacer los criterios de «accesibilidad» y «previsibilidad» (76).

b) Las injerencias que tienen su origen en normas ambiguas que no fijan con claridad los límites de la actuación de los poderes públicos tales como no establecer quiénes pueden ser objeto de una intervención telefónica ni la naturaleza de los delitos que la justifiquen; no establecer la obligación del juez de fijar un límite a la duración de la medida, no puntualizar las condiciones para levantar las actas en que se recojan

las conversaciones interceptadas, ni las precauciones exigibles, para comunicar, intactas y completas, las correspondientes grabaciones para su posible inspección por el juez y por la defensa, ni las circunstancias en que se pueda o deba borrar o destruir las cintas grabadas. En este sentido cabe traer a colación las siguientes sentencias:

STEDH *Malone c. Reino Unido* de 2 de agosto de 1984. El Tribunal analiza «si el derecho interno expresaba los elementos fundamentales de la facultad de interceptar las comunicaciones con razonable precisión, en normas jurídicas asequibles que señalen suficientemente el alcance y las modalidades del ejercicio de la facultad discrecional atribuida a las autoridades competentes». La Comisión en su Informe puso de relieve que la Ley de 1969 sobre el *Post Office* que regula dicha facultad tenía una serie de lagunas e incertidumbres que la hacían no previsible: el objeto del artículo 80 de esta Ley es obligar legalmente a la empresa de Correos a efectuar las interceptaciones más que fijar las condiciones o modalidades de estas interceptaciones. El texto está redactado en unos términos que permiten al *Post Office* efectuar interceptaciones aunque no esté obligado a hacerlo. No hay nada en este texto que, por ejemplo, prohíba a un Ministro aprobar una Orden «autorizando» la interceptación cualquiera que sea su finalidad, o para impedir al *Post Office* actuar ante una orden tal, aunque no esté obligado a hacerlo. Además el artículo 80 no ha incorporado a la Ley todas las medidas existentes con todos sus detalles reconociéndose por el propio Ministerio del Interior que las medidas existentes dependían, en su conjunto, de la práctica administrativa no siendo adecuadas para su «incorporación legislativa» pudiendo el Gobierno modificarlas por acuerdo del que se informaría al Parlamento.

Estas consideraciones demuestran que el Derecho inglés y galés sobre la interceptación de comunicaciones es bastante oscuro y permite distintas interpretaciones. Si bien el Tribunal no puede resolver estas cuestiones pues invadiría la competencia de los tribunales nacionales, el Convenio le exige que resuelva si para las finalidades del artículo 8, la Ley de que se trata expresa con suficiente claridad los elementos fundamentales de las competencias de las autoridades en esta materia. Si bien a través de una serie de documentos -el informe *Birkett*, el Libro Blanco y las declaraciones de los Ministerios competentes en el Parlamento- se han dado a conocer al público las disposiciones y principios aplicables, cumpliéndose así el re-quisito de la accesibilidad, el Tribunal concluye que dichos datos no permiten decir, con la seguridad que sería deseable, hasta qué punto la facultad de interceptación se ha incorporado a las normas legales y en qué medida depende todavía de la Administración. No se cumple por tanto el requisito de la previsibilidad: el Derecho inglés y galés no determinan con suficiente claridad el requisito de supremacía del Derecho en una sociedad democrática.

STEDH *Herzefalvy c. Austria* de 24 de septiembre de 1992. el Tribunal recuerda que para conciliarse con la supremacía del Derecho, la legislación interna debe ofrecer cierta protección contra las injerencias arbitrarias a los derechos garantizados en el párrafo 1. Según el Gobierno austriaco las injerencias sobre la correspondencia de las personas internadas en establecimientos psiquiátricos se basaban directamente en los artículos 51.1 de la Ley sobre hospitales, y los artículos 216 y 282 del Código Civil, relacionados, secundariamente, con los artículos 8.2 de la Ley sobre hospitales y el artículo 4 del Decreto sobre incapaces. Sin embargo, «estos textos, redactados de forma muy vaga, no indican ni la extensión ni las modalidades del ejercicio del poder de apreciación.(...) en ausencia de la menor precisión en cuanto al tipo de restricciones autorizadas, a su finalidad, duración, extensión y control, dichos artículos no ofrecen contra las arbitrariedades el grado mínimo de protección exigido por la supremacía del Derecho en una sociedad democrática».

SSTEDH *Calogero Diana y Domenichini c. Italia* de 15 de noviembre de 1996. En ambos casos el TEDH consideró que la Ley italiana n.º 354 dejaba a las autoridades un gran margen de maniobra. La misma se limita a identificar la categoría de las personas cuya correspondencia puede ser sometida a control y el tribunal competente sin hacer referencia a la duración de la medida ni a las razones que la justificaba.

SSTEDH *Kruslin y Huvig* contra Francia de 24 de abril de 1990 en las que el TEDH falló que la legislación francesa no reunía los requisitos de calidad que exige el CEDH (77) y que pasamos a analizar a continuación.

IV. EL CASO FRANCÉS (78)

Preciso es examinar con detenimiento el caso francés pues, por un lado, son las sentencias *Huvig* y *Kruslin* las que fijan de forma completa la doctrina sobre la materia y, por el otro, nos puede aportar alguna luz para resolver la cuestión en nuestro país.

Con carácter previo, no obstante, hay que hacer mención a la jurisprudencia del TEDH existente hasta ese momento, STEDH *Klass* de 6 de septiembre de 1978 en la que el TEDH consideró que la Ley de 13 de agosto de 1978(G. 8), que conllevaba una serie de restricciones al derecho al respeto de la correspondencia, se adecuaba a las exigencias del Convenio pues la Ley rodeaba la adopción de tales medidas de una serie de garantías: 1. La existencia de una infracción grave. 2. Que fuera necesaria para evitar que la investigación se viera abocada al fracaso. 3. Que solo se aplicara al supuesto que se estaba investigando y no de manera general o exploratoria. 4. Que fuese ordenada mediante orden escrita y motivada. 5. Que las informaciones obtenidas no se utilizasen para otros fines. 6. Que pasado el tiempo marcado fueran destruidas (79). A ello hay que añadir con las SSTEDH *Silver* de 25 de marzo de 1983 y *Malone* de 27 de octubre de 1983 que la ley debía fijar la duración de la medida. Ello no obstante, el TEDH no consideró que la ausencia de un control judicial supusiera una violación del derecho en cuestión (80).

Centrándonos ya en el caso francés, tal como señalan las sentencias *Huvig* y *Kruslin*, en Francia ninguna norma con rango de ley habilitaba de forma expresa a los jueces de instrucción a realizar escuchas telefónicas, como sucedía igualmente con relación a otras medidas, por otra parte frecuentes, como, por ejemplo, toma de fotografías o de huellas dactilares, seguimientos, vigilancia policial, careo de testigos y reconstrucciones de los hechos. Por contra, le *Code de procédure pénale* les atribuía expresamente competencias para adoptar muchas otras que regulaba detalladamente, tales como la prisión provisional, los embargos y los registros.

Durante la vigencia del antiguo *Code d'instruction criminelle*, la *Cour de cassation* condenó la utilización de escuchas telefónicas si no en general, sí al menos en aquellos casos que, según él, revelaban por parte del Magistrado instructor una falta de «rectitud» (*loyauté*) incompatible con «las reglas del proceso penal» y con «las garantías esenciales de los derechos de la defensa» Algunos Tribunales que tuvieron que pronunciarse sobre la cuestión, más bien parecían inclinarse por reconocer la legalidad de tales escuchas si no había existido ni «celada» (*guet-apens*) ni «provocación».

Después de la entrada en vigor del *Code de procédure pénale* de 1958, los tribunales tenían en cuenta al respecto, entre otros, los artículos 81 (81), 151 (82) y 152 (83).

Una Ley de 17 de julio de 1970 introdujo en el Código Civil un nuevo artículo 9 que garantiza a todos el «derecho al respeto de su vida privada». Además, introdujo en el Código Penal un nuevo artículo 368 penando «a una pena de prisión de dos a un año y a una multa(...) o a una de estas dos penas solamente, a cualquiera que voluntariamente atente contra la intimidad de la vida privada de otra persona:

1. Escuchando, registrando o transmitiendo por medio de cualquier aparato, las palabras pronunciadas en un lugar privado por una persona, sin su consentimiento».

El desarrollo impresionante de diversas formas graves de delincuencia -gran delincuencia, terrorismo, tráfico de es-tupefacientes, etc.- parece haber entrañado en Francia un claro aumento en la frecuencia del recurso a las escuchas telefónicas judiciales. También la jurisprudencia al respecto es mucho más abundante que antes; la misma no las condena de entrada, si bien se aprecia en ocasiones cierto rechazo hacia

ellas.

La jurisprudencia sobre la cuestión no provenía en su totalidad de sentencias de la *Cour de Cassation* y, en ese momento, no constituía un *corpus* jurisprudencial homogéneo, debido al carácter aislado de determinadas resoluciones o motivaciones. Dicha doctrina puede resumirse en los siguientes términos:

Los artículos 81 y 151 del *Code de procédure pénale* habilitan a los Jueces de instrucción, y solamente a ellos en el ámbito de una investigación judicial, a llevar a cabo tal escucha o, solución más bien corriente en la práctica, a ordenar a un agente de la policía judicial, de acuerdo con el artículo 16, mediante un mandamiento judicial (*comission rogatoire*) Se trata de una «diligencia de investigación» en ocasiones «útil para el esclarecimiento de la verdad». Comparable a la intervención de cartas o telegramas.

El Magistrado instructor no debería librar un mandamiento judicial (*comission rogatoire*) de esta índole «sino sobre la presunción de una infracción determinada que entrañe la apertura de diligencias» cuya dirección sea de su competencia, y no para «cualquier tipo de infracción» que conozca «de manera eventual»; esto se deriva no solamente de los artículos 81 y 151 del *Code de procédure pénale*, sino también «de los principios generales del procedimiento penal». Ello no obstante, hasta ese momento, la jurisprudencia francesa parece no haber subordinado jamás la validez de las escuchas a una cierta gravedad de los hechos a investigar, ni a la fijación de una duración máxima por parte del Juez de instrucción.

Dentro de los límites del mandamiento judicial, al que se halla sometido, el agente de la policía judicial ejerce «todos los poderes del Juez de instrucción (art. 152 del *Code de procédure pénale*). Este actúa bajo el control de aquél, al que el quinto párrafo del artículo 81 obliga a verificar los elementos de prueba (...) recogidos».

El mandamiento judicial se presenta como una delegación general que engloba, aunque no lo mencione de manera expresa, la posibilidad de escuchas telefónicas.

Un agente de policía judicial no debe en ningún caso realizar escuchas telefónicas sin un mandamiento judicial por propia iniciativa, por ejemplo durante una investigación previa a la apertura de diligencias judiciales.

Las escuchas no deben ir acompañadas de «ningún artificio o estratagema».

No deben tampoco «tener por resultado comprometer las condiciones de ejercicio de los derechos de la defensa» y, especialmente, ignorar el carácter confidencial de las relaciones del sospechoso o inculpado con su Abogado, o, en general, el secreto profesional del Abogado, al menos en los casos en que actúa como tal.

Con estos límites, las escuchas pueden referirse a las comunicaciones telefónicas, emitidas o recibidas, de un inculpado así como de un sospechoso o, incluso, de un tercero, por ejemplo un testigo, cuando hay razones para creer que conoce datos sobre los autores o las circunstancias del delito.

El agente de la policía judicial controla la grabación de las conversaciones en bandas magnéticas -o en cassette-, y luego su transcripción, si no las realiza personalmente; «en la elección» de los extractos «presentados a los Tribunales», le corresponde determinar «los términos que pueden desencadenar el inicio de diligencias penales». Lleva a cabo estas diversas tareas «bajo su responsabilidad y bajo el control del Juez de instrucción».

Las bandas magnéticas originales «constituyen piezas de convicción», y no «actos de investigación», pero «no tienen más que el valor de indicios de prueba»; la «transcripción de su contenido en el "acta" sirve para fijarlos con el fin de permitir su consulta».

La defensa debe poder conocer las actas de transcripción, escuchar las grabaciones originales, discutiendo su autenticidad primero durante la instrucción y después durante la fase oral y solicitar «toda medida instructora útil» -por ejemplo, un examen pericial- «sobre su contenido y las circunstancias de su realización».

A partir de 1981, se empezó a invocar con una frecuencia creciente el artículo 8 del Convenio en apoyo

a las reclamaciones contra las escuchas telefónicas. Hasta el momento de recaer las sentencias Huvig y Kruslin de 24 de abril de 1990, los Tribunales franceses sólo estimaban contrarias al artículo 8.2 («previsto por la ley»), o al Derecho interno, las escuchas realizadas sin mandamiento judicial, durante la investigación preliminar, en condiciones oscuras, o, incluso, en menosprecio de los derechos de defensa. En los restantes casos concluían la no existencia de infracción alguna.

Por otra parte, la doctrina ponía de manifiesto la necesidad de una ley que regula la cuestión. COHEN-JONATHAN advertía de lo que iba a suceder y mostraba su disconformidad con la *Cour de Cassation* que era de la opinión de que el ordenamiento francés se adecuaba al CEDH (84).

Dentro de este panorama se dictan las SSTEDH Kruslin y Huvig contra Francia el 24 de abril de 1990. En ambas sentencias se trataba de escuchas telefónicas decretadas por un *juge d' instruction*, en la primera, por un caso de asesinato, y, en la segunda, por un caso de fraude fiscal. El TEDH pone de manifiesto que la legislación francesa en esta materia no suscitaba ningún problema desde el ángulo de los requisitos prevista por la ley (*Code de procédure pénale* y jurisprudencia de los tribunales) y accesibilidad. Sin embargo, no sucedía lo mismo con relación al requisito de la previsibilidad: una ley que confiera una facultad discrecional debe definir la extensión y la manera de utilizar dicha facultad con la suficiente claridad para proporcionar al individuo la adecuada protección contra una injerencia arbitraria. El Tribunal constató que solo algunas de esas garantías se establecían expresamente en el *Code de procédure pénale*, otras se deducían de las sentencias y algunas no se habían formulado expresamente por la jurisprudencia. El sistema, por tanto, no proporcionaba una protección adecuada contra posibles abusos: no se establecía quiénes podían ser objeto de una intervención telefónica ni la naturaleza de los delitos que justificara tal medida; el juez no estaba obligado a fijar un límite a la duración de la medida, no se puntualizaban las condiciones para levantar las actas en las que se recogían las conversaciones interceptadas, ni las precauciones exigibles para comunicar, intactas y completas, las correspondencias grabaciones para su posible inspección por el juez y por la defensa, ni las circunstancias en que se podían o debían borrar o destruir dichas cintas. En conclusión, el derecho francés, escrito y no escrito, no indicaba con la claridad pertinente el alcance y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en esta materia, por lo que los demandantes no disfrutaron del grado mínimo de protección que exige la supremacía del Derecho en una sociedad democrática (85).

De la lectura de estas sentencias podemos concluir que las injerencias en el derecho al respeto a la correspondencia deben estar fijadas por una norma pública y previsible que contenga, como mínimo, las siguientes garantías:

1. Fijar qué personas pueden ser sometidas a este tipo de medidas.
2. Fijar qué delitos justifican las mismas
3. Fijar la duración de la medida.
4. Puntualizar las condiciones para levantar acta en que se recoja las conversaciones interceptadas.
5. Fijar las precauciones a tomar para entregar intactas y completas las grabaciones al juez y a la defensa.
6. Fijar las circunstancias en que se pueda o deba borrar o destruir las grabaciones (86).

160 Francia reaccionó rápidamente tras las sentencias de 24 de abril de 1990. Tres días después de haberse dictado, el 27 de abril, el Ministro de Justicia envió a los órganos jurisdiccionales una nota insistiendo en que había que tener muy en cuenta los principios expuestos en dichas sentencias.

En su sentencia de 15 de mayo de 1990, caso *Bacha Baroudé*, la *Cour de Cassation* realiza una serie de precisiones: las escuchas y grabaciones sólo pueden realizarse «con relación a las personas implicadas y en virtud de una orden de un juez o bajo su control, en vistas a establecer la prueba de un crimen o de cualquier otra infracción que ataque gravemente el orden público y a identificar los autores; que es necesario, por otra parte, que la escucha sea obtenida sin artificios o estratagemas y que la transcripción pueda

ser discutida contradictoriamente por las partes, en aras al respeto al derecho de defensa» (87), sin embargo evitaba pronunciarse sobre los otros requisitos exigidos por el Tribunal europeo y de esta manera la resistencia de la *Cour* a constatar la violación del artículo 8 por las escuchas realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 1991 provocaron un gran número de demandas ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (88). En 1993, Francia volvió a ser condenada por el Tribunal de Estrasburgo en la sentencia A c. Francia de 23 de noviembre de 1993. En este caso, el propio Gobierno francés admitió que en la época de los hechos la medida litigiosa, la grabación por parte de la policía de una conversación telefónica (que fue realizada la llamada desde la propia comisaría), no tenía base legal alguna (89).

Poco más de un año después de las sentencias Kruslin y Huvig se dictó una ley, la Ley 91-646 de 10 de julio de 1991 *relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications* (90), introduciendo las garantías que el TEDH declaró que habían de rodear las escuchas telefónicas.

Con posterioridad el TEDH ha dictado la sentencia Lambert c. Francia de 24 de agosto de 1998, en la que ha admitido que la Ley de 11 de julio de 1991 cumplía los requisitos exigidos por el Convenio. El origen de la misma se encontraba en una investigación abierta en un caso de robos graves y de tenencia ilícita de armas y municiones (*chefs de vols, vols avec effraction, recels de vols simples et aggravés, et détention sans autorisation d'armes et de munitions de la quatrième catégorie*) en cuyo seno se ordenó por el juez de instrucción una medida de escuchas telefónicas gracias a las cuales el demandante fue inculpado y posteriormente condenado por los delitos de robo y tenencia de armas. El TEDH analiza si la medida estaba prevista por la ley y concluye que:

«los artículos 100 y siguientes del *Code de procédure pénale*, introducidos por la Ley de 10 de julio de 1991 *sur le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications*, fijan unas reglas claras y detalladas y precisan, "a priori", con suficiente claridad la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado» (Párr. 2891).

V. EL CASO ESPAÑOL

Fijada la doctrina del TEDH sobre este punto cabe preguntarse por su repercusión en nuestro ordenamiento. En este estudio vamos a centrarnos en la exigencia de que la injerencia esté prevista por la ley, teniendo en cuenta que ello le ha valido a España una sentencia desfavorable. Brevemente podemos resumir los hechos que dieron lugar a la STEDH Valenzuela Contreras contra España de 30 de junio de 1998 (92):

Ante las amenazas recibidas por correo y llamadas telefónicas, las personas afectadas acuden al juez de instrucción denunciando el hecho. Este, a petición de los interesados, ordena intervenir su teléfono a fin de descubrir el autor de las mismas. Pasado un mes la intervención fue suprimida. Poco después la afectada entrega al juez una lista con cinco nombres. El juez llamó a declarar inmediatamente a tres personas de dicha lista. El juez de instrucción ordena de nuevo la intervención del teléfono de los afectados. A resultados de las investigaciones llevadas a cabo hasta ese momento el juez de instrucción, amparándose en el artículo 18.3 CE y en el Título VIII del Libro II de la LECrim, decreta mediante providencia motivada la intervención del teléfono del demandante, Sr. Valenzuela Contreras, principal sospechoso.

La Dirección General de la Policía informó al juez de que la intervención telefónica había sido infructuosa, pero señaló, sin embargo, que había revelado que numerosas llamadas habían sido hechas desde su teléfono a los de las personas afectadas y a los de sus parientes próximos.

La Audiencia Provincial de Madrid condenó al Sr. Valenzuela Contreras a cuatro meses de prisión por un delito continuado de amenazas proferidas mediante llamadas telefónicas y cartas, si bien reconoce que las intervenciones telefónicas no constituyeron un elemento determinante para concluir la culpabilidad del

demandante.

El Tribunal Supremo, al que se había acudido en casación, en sentencia de 19 de marzo de 1994 desestimó los argumentos del Sr. Valenzuela Contreras sobre la base de las siguientes consideraciones:

«El desarrollo del motivo, en su larga exposición, contiene, más que una falta de pruebas inculpatorias, un examen valorativo de las mismas de forma diferente a la interpretación que de ellas hizo en su momento el Tribunal de instancia, faltando así a lo que dispone, desde un punto de vista de normativa positiva, el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y desde un punto de vista constitucional, puesto en relación con el anterior, el artículo 117.3.º de nuestra Ley Fundamental. Es decir, ambos preceptos, aunque desde distintas perspectivas, nos enseñan que la valoración de la prueba practicada en la instancia corresponde de manera exclusiva y excluyente al Tribunal «a quo», sin que sea permisible hacerlo, ni a este Tribunal de casación, ni mucho menos a las partes recurrentes. Ese principio de exclusividad interpretativa sólo puede quebrar, o bien ante la inexistencia de pruebas directas o de cargo o simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria, o bien cuando esas pruebas hubieran sido ilegalmente obtenidas. Y en esto último es precisamente en lo que pone su acento principal el recurrente al considerar que las escuchas telefónicas efectuadas por la Policía lo fueron sin una verdadera autorización judicial. Sin embargo, de un examen detenido de los autos se infiere que el contenido de esa intervención telefónica y, por ende, de las cintas grabadas de las diversas conversaciones, fueron conseguidas previa autorización judicial mediante resolución fundada, o lo que es lo mismo, la legalidad de su obtención no puede, ni debe, ponerse en duda.

En cualquier caso, y aunque pudiéramos entender que la referida autorización se concedió de un modo un tanto genérico, lo que no cabe dudar es que las amenazas llevadas a cabo por el acusado quedaron plasmadas en cartas o escritos por él mismo suscritas y dirigidas a la víctima, cartas o escritos que constituyen por sí solas pruebas de cargo suficientes para hacer decaer el principio de presunción de inocencia que se denuncia. Es decir, aun haciendo caso omiso de las tan discutidas escuchas telefónicas, son de apreciar otras pruebas directas e indiscutibles que fundamentan de modo evidente la comisión del referido delito de amenazas, tanto en su misma existencia, como respecto a su autoría.

Por lo brevemente expuesto, y sin necesidad de concretar la existencia de otra serie de pruebas tangenciales, indirectas o indiciarias que concurren en el hecho enjuiciado, este primer motivo debe ser rechazado»(FJ 1).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, rechazó por ATC de 16 de noviembre de 1994 que se hubiese vulnerado el artículo 18.1 CE. Para el Tribunal no cabe apreciar ninguna violación del derecho al secreto de las comunicaciones en la medida que la intervención de la línea telefónica fue autorizada por una decisión judicial motivada conforme al artículo 579.3 LECrim. Ello no obstante, el Tribunal Constitucional destaca que dicha intervención no dio lugar a resultados determinantes que permitieran deducir la culpabilidad del demandante, siendo determinante en el caso el conjunto de indicios que han sido apreciados de manera racional, y que han sido considerados suficientes para destruir la presunción de inocencia.

El TEDH analiza la cuestión en su sentencia Valenzuela Contreras de 30 de julio de 1998. Tras resumir su propia jurisprudencia, señala que no cabe duda que la legislación interna cumplía el requisito de accesibilidad:

«Nada niega la existencia de una base legal sobre la materia en el Derecho español. El Tribunal se limita a constatar que el artículo 18.3 de la Constitución, sobre el que el juez de instrucción fundó su diligencia de intervención de la línea telefónica prevé que: “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”»(Párr. 49).

En cambio, no sucede lo mismo con el requisito de previsibilidad. Observa el Tribunal que:

«Sin embargo, se constata que las garantías citadas por el Gobierno, deducidas de una interpretación extensiva de las disposiciones legislativas o de las resoluciones judiciales, no se derivan de los propios

términos del artículo 18.3 de la Constitución, ni tampoco, en su mayor parte, de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...»(Párr. 57).

«El Tribunal constata que determinadas condiciones derivadas del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la "ley" y garantizar, consecuentemente, el respeto a la vida privada y a la correspondencia, no se incluyen ni en el artículo 18.3 de la Constitución ni en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal citadas en la orden de intervención(...), principalmente la definición de las personas susceptibles de ser intervenidas sus comunicaciones telefónicas, la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a ello, la fijación de la duración de la medida, las condiciones del procedimiento en que se consignan y la utilización y destrucción de las grabaciones realizadas»(Párr. 59).

«En resumen, el derecho español, escrito y no escrito, no indicaba, en el momento de los hechos, con la debida claridad, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el caso considerado. El Sr. Valenzuela no ha gozado, pues, de un grado mínimo de protección exigido por el imperio de la ley en una sociedad democrática»(Párr. 62).

En resumen, y en palabras de MONTERO AROCA, «lo que el TEDH viene a decir es que antes de 1988 en el Derecho español no se contaba con una ley que estableciera los requisitos mínimos de las intervenciones telefónicas, por lo que todas las realizadas hasta la promulgación de la LO 4/1988 carecieron de verdadera base legal y todas las sentencias dictadas con base a ellas violaron lo establecido en el art. 8 del CEDH. De este modo ha acabado dándose la razón a los que sostenían que el art. 18.3 de la CE no bastaba para legalizar las intervenciones telefónicas» (93).

Cabe observar que si bien el Tribunal Constitucional, en el momento en que se produjeron los hechos era prisionero de una legislación con grandes lagunas en el terreno de las garantías, no menos cierto es que cuando dicta su auto hacía cuatro años que el TEDH había dictado las sentencias Huvig y Kruslin, por lo que pudo asumir su doctrina. Hay que advertir que el Tribunal Constitucional rehuye en los recursos de amparo el análisis de la legislación cuando está vigente y sólo entra a examinar su adecuación a la Constitución y/o al Convenio europeo cuando dicha normativa ya no lo está. Así, por ejemplo, nos encontramos con la STC 136/1999, de 20 de julio(Caso vídeo electoral de HB), en la que el Tribunal se adentra en el análisis de la legislación aplicada, artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973, y llega a la conclusión de que nos encontramos ante un precepto relativamente indeterminado que no se adecuaba a la Constitución en la medida en que «no incorpora previsión alguna que hubiere permitido atemperar la sanción penal a la entidad de los actos de colaboración de banda armada» (94).

Volviendo al asunto que nos ocupa, destacar que la jurisprudencia posterior asumirá punto por punto los dictados del TEDH. En la STC 49/1996, de 20 de marzo de 1996, el Tribunal Constitucional dio la razón al TEDH al reconocer expresamente que la normativa vigente en aquel momento con relación a las escuchas telefónicas presentaba graves déficits, pues, tras hacerse eco de las causas que originaron que el TEDH en las sentencias Huvig y Kruslin declarara que el sistema francés no cubría las exigencias del Convenio con relación al requisito previsto por la ley:

«Lo que ocurre -concluye el TEDH- es que "el Derecho francés, escrito o no escrito, no establece con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia", o, en otros términos, que "el sistema no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra los posibles abusos". Por ello, en los casos Huvig y Kruslin se consideró que había sido violado el art. 8 del Convenio»(FJ 5),

concluyó reconociendo las mismas carencias en el sistema español:

0 «La misma estimación merece el asunto que estamos ahora enjuiciando»(FJ 5).

Mucho más explícita en dicho reconocimiento ha sido la STC 49/1999, de 5 de abril (95), en la que se reconoce de forma amplia y expresa la falta de garantías que mostraba la legislación antes de la reforma de la LECrim operada en 1988. Lo hace en unos términos en los que recoge en su totalidad la jurisprudencia

cia del TEDH, incorporando de forma definitiva las exigencias derivadas del CEDH al ordenamiento interno: «...al haber tenido lugar la injerencia en el secreto de las comunicaciones entre diciembre de 1986 y abril de 1987, cabe concluir, como lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Valenzuela antes citado, que el ordenamiento jurídico español ni definía las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, ni fijaba límite a la duración de la medida, ni determinaba las condiciones que hubieran de reunir las transcripciones de las conversaciones interceptadas, ni las relativas a la utilización de las mismas. En consecuencia, la situación del ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto en la concreta actuación que aquí se examina, y sufridas por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE»(FJ 5).

El Tribunal Constitucional asume como propias las exigencias del TEDH con relación a la calidad de la ley. De esta manera señala que:

«Pues bien, por lo que respecta a la "accesibilidad" o "previsibilidad", cuando se trata de la intervención de las comunicaciones por las autoridades públicas, el TEDH ha declarado que "implica que el Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones se habilita a los poderes públicos a tomar tales medidas"(sentencia del TEDH, de 30 de julio de 1998, Caso Valenzuela, núm. 46 III, con cita de las resoluciones dictadas en los casos Malone, Kruslin y Huvig(sentencia del TEDH de 24 de abril de 1990), Haldford(sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1998) y Kopp(sentencia del TEDH de 25 de marzo de 1998).

Y, especificando ese criterio, por remisión a lo dicho en las resoluciones de los casos Kruslin y Huvig, el TEDH en el caso Valenzuela concreta las exigencias mínimas relativas al contenido o calidad de la ley en las siguientes: la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escuchas judiciales; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad. Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la «protección adecuada contra los posibles abusos»(Caso Kruslin núm. 35 y caso Klass núm. 50)(FJ 5).

Por lo tanto, asume el Tribunal Constitucional que la normativa interna para superar el mínimo exigido por la jurisprudencia del TEDH ha de reunir los siguientes requisitos:

1. Definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial;
2. Definición de la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella;
3. Fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida;
4. Regulación del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas;
5. Fijación de las precauciones para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el juez y por la defensa;
6. Fijación de las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad.

VI. LA ADECUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE ESCUCHAS TELEFÓNICAS A LAS EXIGENCIAS DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Hasta la reforma de la LECrim de 1988, el ordenamiento español presentaba muchas deficiencias en orden a las garantías de este derecho. La legislación que el Tribunal europeo pone en entredicho fue, tal como se recoge en la propia sentencia(Párrs. 30 y 31), la anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica

4/1988, siendo la actual más acorde con un sistema democrático (96). Sin embargo, cabría plantearse si la regulación actual en materia de escuchas telefónicas contenida en la LECrim cumple con todos los requisitos exigidos por el TEDH (97). Si la comparamos con la normativa francesa contenida en los artículos 101 y siguientes del *Code de procédure pénal* (98), que recordemos, ha pasado la prueba de fuego ante el TEDH con la sentencia Lambert de 24 de agosto de 1998, observamos enormes diferencias. Así, por ejemplo, los puntos 1 y 2 del artículo 579 LECrim no restringen esta medida a los delitos graves, no hacen mención alguna a la duración de la medida ni se hace mención a las condiciones de utilización, conservación y destrucción de las grabaciones.

Estas carencias están paliadas, como hemos señalado anteriormente, por la jurisprudencia constitucional que impone una serie de garantías dimanantes directamente del TEDH a fin de superar el listón fijado por el Convenio, y dicha jurisprudencia merece, según el TEDH, la categoría de «derecho interno». De esta manera, GÓMEZ COLOMER, al poner de relieve que dicho precepto no determina qué tipo de delitos permite adoptar medidas de esta naturaleza, señala que «por ello, el juego del principio de proporcionalidad, en el sentido expresado por la doctrina y por la jurisprudencia (v. las SSTC 37/1989, de 15 de febrero, en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, casos Handyside, The Sunday Times, Olsson y Berrahab) es aquí esencial, de manera que el juez ha de ponderar la medida de intervención y su adecuación a la gravedad del delito (pena) y a la incidencia social y personal que puede casar para quien la sufre y su entorno» (99).

Ello no obstante, se levantan voces muy críticas contra dicha normativa. Así, MARTÍN PALLÍN habla sin ambages de la «insuficiente regulación que el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proporciona sobre esta medida» (100). ASECIO MELLADO señala que «se puede afirmar que la jurisprudencia que legitima limitaciones a los derechos fundamentales no expresamente previstos por la ley, infringe lo dispuesto en el art. 8.2 del CEDH en la medida en que en modo alguno puede tener la consideración de "ley" en el sentido ofrecido por el TEDH a este instrumento» (101). De forma similar señalará RUIZ MIGUEL, con relación a las garantías que han de rodear las comunicaciones de un preso con su abogado. Las garantías con que el TEDH rodea este tipo de comunicaciones «deberán ser asumidas por los poderes públicos españoles si no quieren verse condenados por violación del artículo 8 CEDH» (102). Señala MONTERO AROCA con relación a la STEDH Valenzuela Contreras que «lo que importa ahora no es ya el pasado, sino el presente» (103). El TEDH consideró infringido el artículo 8 CEDH porque el ordenamiento interno, que incluye la jurisprudencia, no reunía determinados requisitos de calidad. La defensa del gobierno español se basó, como recuerda este último autor (104), en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había precisado los requisitos de las intervenciones telefónicas (ATS de 18 de junio de 1992), pero el TEDH aunque admitió la evolución del Derecho español, advirtió que esa evolución fue posterior a 1985, momento en el que tuvo lugar la intervención telefónica litigiosa. Demoledor se muestra GIMENO SENDRA para quien «la regulación que el nuevo art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectúa de este acto instructorio resulta ser muy insuficiente por el considerable número de lagunas que contiene en materias tales como los supuestos que justifican la intervención telefónica, el objeto y procedimientos de intervención y de transcripción en acta del contenido de los soportes magnéticos, la custodia y destrucción de las cintas magnetofónicas, el valor probatorio de la prueba inconstitucionalmente obtenida, etc.» (105), e igual de contundente se expresa NARVAEZ RODRÍGUEZ al resaltar que «la normativa procesal española vigente en materia de intervenciones telefónicas sigue siendo parca e insuficiente con importantes carencias, tanto de calidad de la ley, como de certeza y previsibilidad de la misma» (106). La propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/1999 reconoce que el artículo 579 de la LECrim, que recoge la posibilidad de que el juez acuerde la intervención u observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas «no lo hace con la precisión y detalle que sería deseable, motivo por el cual se puede afirmar que la más completa regulación procesal de la intervención de las comunicaciones telefónicas se ha establecido por vía juris-

prudencial». Ello abre la incógnita de si es suficiente que las garantías que exige el TEDH se recojan por la jurisprudencia española aunque no tengan un reflejo normativo *strictu sensu*, o es necesario emprender una reforma de la legislación vigente.

La situación actual es la siguiente: nos encontramos, por un lado, con el artículo 579 LECrim claramente insuficiente pues no recoge la totalidad de las garantías que el TEDH exige que han de rodear las escuchas telefónicas y, por otra, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que asume en su totalidad los dictados del TEDH.

Para el TEDH, con casi toda probabilidad el estado actual de la cuestión cumple con las exigencias derivadas del CEDH y ello porque si bien la ley no recoge todas las garantías que enumera en las sentencias Kruslin y Huvig, si lo hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que forma un cuerpo compacto y de fácil accesibilidad, lo que es suficiente a efectos del Convenio pues para el Tribunal de Estrasburgo el término ley no sólo hace referencia a la norma escrita sino también a la jurisprudencia que lo interpreta, construcción que si bien está pensada para los países anglosajones la aplica sin mayor problema a los países continentales (107). Así se desprende de las SSTEDH Huvig y Kruslin de 24 de abril de 1990:

«No se puede hacer caso omiso de la jurisprudencia así establecida. En el segundo párrafo del artículo 8 así como en otras cláusulas análogas, el Tribunal ha entendido siempre el término "ley" en su acepción "material" y no "formal". Ha considerado incluidos textos de rango inferior a la ley (ver especialmente la sentencia De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de junio de 1971, serie A, número 12, p. 45, punto 93) y el "derecho no escrito". Las sentencias Sunday Times, Dudgeon y Chappell se referían al Reino Unido, pero sería un error forzar la distinción entre países de *common law* y países "continentales"; el Gobierno lo suscribe. La ley escrita (*statute law*) tiene también importancia en los primeros. Igualmente, la jurisprudencia juega tradicionalmente un papel considerable en los segundos, hasta tal punto que todas las ramas del Derecho positivo son consecuencia, en gran parte, de las decisiones de los Tribunales. El Tribunal, por último, la ha tenido presente en más de una ocasión en relación a estos países (ver principalmente las sentencias Muller y otros de 24 de mayo de 1988, serie A número 133, p. 20, punto 29, Salabiaku de 7 de octubre de 1988, serie A número 141, pp. 1617, punto 29 y Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann, de 20 de noviembre de 1989, serie A número 165, pp. 18-19, punto 30). De haberla ignorado, hubiese minado casi igual el sistema jurídico de los Estados "continentales" que el sistema inglés si en la sentencia Sunday Times de 26 de abril de 1979 hubiese excluido la *common law* de la noción de "ley" (serie A número 30, p. 30, punto 47). En un sistema dominado por el derecho escrito, la "ley" es el texto en vigor tal como los Tribunales lo interpretan teniendo en cuenta, si es preciso, las nuevas circunstancias técnicas» (Párr. 28).

Pero ¿puede llegar a la misma conclusión el Tribunal Constitucional español?

En materia de derechos fundamentales rige la más absoluta reserva de ley tal como se señala en la STC 49/1999, de 5 de abril. La previsión legal como se advierte en la STC 236/1999, de 20 de diciembre, forma parte del contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones (108). Además, advierte el Tribunal Constitucional en la STC 49/1999, la reserva de ley cumple una doble misión: de una parte, impedir que se produzcan injerencias fuera de los casos legalmente establecidos, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la ley y no existe, en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En la sentencia 49/1999, el propio Tribunal Constitucional manda un mensaje al legislador advirtiéndole que la existencia de una norma que regule la materia no es, *per se*, suficiente si la misma no reúne una serie de requisitos que coinciden con los exigidos por el TEDH y de esta manera señala que esa reserva de ley:

«no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto al contenido de la ley»(FJ 4).

Por lo tanto, este requisito no se cubre con la mera existencia de una norma legal que habilite la injerencia, sino que es necesario que la normativa que la regule cumpla determinados requisitos de calidad, especialmente con relación a las exigencias de certeza que han de presidir cualquier injerencia en un derecho fundamental. El legislador ha de hacer el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica (109), por lo que la ley, «de singular precisión», ha de reunir como mínimo, todas las garantías que exige el CEDH:

«Desde las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho hemos proclamado el principio de legalidad en el marco de la injerencia en el derecho a la intimidad. Así, en la STC 37/1989. Afirmamos que lo que la protección de la intimidad reclama es una decisión judicial motivada en una inexcusable previsión legislativa(fundamento jurídico 7.º). Con ello, afirmábamos, no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención. Y en términos semejantes nos expresamos en el ámbito específico del derecho al secreto de las comunicaciones, afirmando que la injerencia estatal en dicho secreto ha de estar presidida por el principio de legalidad(ATC 344/1990 -que invoca la doctrina sentada en la STC 150/1989- y SSTC 85/1994, fundamento jurídico 3.º; 34/1996, fundamento jurídico 5.º; 49/1996, fundamento jurídico 3.º; 54/1996, fundamento jurídico 7.º; 123/1997, fundamento jurídico 4.º), especificando que el respeto a dicho principio requiere, en este caso, “una ley de singular precisión”(STC 49/1996, fundamento jurídico 3.º)»(FJ 4).

«Es necesaria la intervención de la ley y que la norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, en relación con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, habremos de tener en cuenta la doctrina del TEDH, como hicimos en resoluciones anteriores(por todas, STC 85/1994, fundamento jurídico 3.º)»(FJ 5),

asumiendo a continuación la doctrina de la accesibilidad y de la previsibilidad de la ley contenida en las SSTEDH Huvig y Kruslin, con especial hincapié en las exigencias derivadas de la segunda:

«Y, especificando ese criterio, por remisión a lo dicho en las resoluciones de los casos Kruslin y Huvig, el TEDH, en el caso Valenzuela concreta las exigencias mínimas relativas al contenido o “calidad” de la ley en las siguientes: “la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad”»(FJ 5).

¿Cumple con todas estas exigencias el artículo 579 LECrim? El Tribunal rehuye contestar esta pregunta:

«En primer lugar, ha de precisarse que, obviamente, no nos corresponde ahora analizar si, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1988, de 25 de mayo, en el art. 579 de la LECrim, se han cumplimentado, desde la perspectiva de las exigencias de certeza dimanantes del principio de legalidad, las condiciones a que acaba hacerse mención»(FJ 5),

aunque advierte que, de no reunir las, dicha carencia es por sí sola una vulneración del derecho fundamental sólo remediable por el legislador:

«la insuficiencia de la ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una

vulneración del derecho fundamental»(FJ 5).

El propio Tribunal que advierte que, pese a la inexistencia de ley que satisfaga las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, si los órganos judiciales hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. Se rehuye el examen *in abstracto* de la ley, y se pasa a analizar la actuación concreta de las autoridades. Este razonamiento se repetirá en sentencias posteriores (110) en las que se soslayará la cuestión de la «calidad de la ley» y se analizará la concreta actuación de las autoridades haciendo especial hincapié en el análisis de si los hechos revestían la gravedad suficiente como para decretar una medida de tal tipo, pues en caso contrario infringirían el principio de proporcionalidad, y si eran absolutamente imprescindibles. De esta manera, si bien se afirmará que «la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima si está legalmente prevista con suficiente precisión», lo que realmente se examina es si la medida «se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso y si se ejecuta con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como sucede cuando se adopta para la prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos» (111), advirtiendo en cuanto a la cuestión de la gravedad de los hechos que ésta no se determina únicamente por la calificación de la pena legalmente prevista, sino que también han de tenerse en cuenta el bien jurídico protegido y la relevancia social de la actividad (112).

VII. CONCLUSIÓN

Visto lo anterior, se nos presentan dos alternativas ante una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

1. Interponer el correspondiente recurso de amparo. En este caso, el Tribunal constitucional soslayará el análisis de la «calidad de la ley» y se centrará en ver si se han cumplido los requisitos exigidos por el TEDH y por el propio Constitucional: proporcionalidad, necesidad, gravedad del delito, etc. De cumplir la injerencia dichos requisitos, se denegará el amparo. Si tras ello se acude al TEDH y se invoca que la medida no cumple con el requisito «estar prevista por la ley», el Tribunal con casi toda probabilidad al descubrir que dichas exigencias están recogidas en parte en la normativa vigente, y todas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional declarará que el ordenamiento del Estado demandado, es decir, España, cumple con tal requisito.

2. Lograr que el juez *a quo* eleve una cuestión de inconstitucionalidad alegando que la normativa contenida en la LECrim no satisface las exigencias constitucionales. Solo en este caso, el Tribunal Constitucional se vería obligado a despejar la incógnita de si el artículo 579 de dicho texto legal supera el listón marcado por la doctrina del TEDH. Si en esta materia, «el legislador ha de hacer el máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad jurídica y elaborar «una ley de singular precisión», pues como se dice en la STEDH Klass este tipo de medidas son la *ultima ratio*, entendemos que existen muchas probabilidades de que se declarara inconstitucional dicha normativa.

De declararse inconstitucional, el Tribunal Constitucional advierte en la sentencia 49/1999 que ello no supondría *per se* la nulidad de la medida pues sería legítima si el juez hubiese cumplido con todos los requisitos de certeza, previsibilidad, proporcionalidad, etc. anteriormente señalados, argumento que no deja

de plantear dudas habida cuenta que en esta materia rige el principio de reserva de ley. Si existe reserva de ley, y además de ley orgánica, y la existente es inconstitucional, ¿cómo puede defenderse la legalidad de una medida basada en una ley no constitucional por mucho que la medida se haya adoptado con los requisitos que, de mencionarlos la ley, la harían constitucional?

Entendemos que el artículo 579 no es constitucional, pues, efectivamente, y como ha puesto de manifiesto unánimemente la doctrina, adolece de graves carencias, pero ello no supone que exista un vacío legal. El CEDH, y en este caso concreto su artículo 8, forman parte de nuestro ordenamiento interno en virtud del artículo 96 CE. La doctrina de las garantías, recogida especialmente en las STEDH Huvig y Kruslin y asumida por el Tribunal Constitucional, por mor del artículo 10.2 CE, en un cuerpo homogéneo, que, como hemos visto anteriormente, forma parte del contenido esencial del derecho al respeto a las comunicaciones recogido en el artículo 18.3 CE. Si esto es así, existe una base legal suficiente, artículo 18.3 CE y artículo 8 CEDH, para defender la legalidad de este tipo de medidas, lo que no excluye, en absoluto, que se proceda a reformar el precepto en cuestión en el sentido apuntado, reforma que se hace absolutamente necesaria.

NOTAS

(1) Con mi agradecimiento al Profesor Dr. Manuel Martínez Sospedra.

(2) MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 16.

(3) MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, «El Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español», *Revista General de Derecho*, núm. 510, 1987, págs. 894-5.

(4) MORENILLA RODRÍGUEZ, José María. «La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos», *Revista del Poder Judicial*, 1989, núm. 15.

(5) MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, «La ejecución de sentencias...», op. cit., págs. 57 y 67. Este autor tras afirmar el carácter declarativo de las sentencias (pág. 57) concluye, con relación al artículo 50 CEDH, que «prefiere considerarla (la sentencia)... como sentencia de condena (pág. 67). En el mismo sentido, BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, 1997, pág. 110.

(6) DRZEMCZEWSKI, Andrew y TABERNIER, Paul, «L' exécution des «décisions» des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l' homme», Colloque SFDI, 1997, *La protection des droits de l' homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, págs. 197 y ss.

(7) LAMBERT, Elisabeth, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l' homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l' homme*, Bruylant, 1999, pág. 71.

(8) COHEN-JONATHAN, Gérard, «Quelques considérations sur l' autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l' homme», *Liber amicorum Marc-André Eissent*, Bruylant, 1995, op. cit., pág. 40. En el mismo sentido LAMBERT, Elisabeth, *Les effets des arrêts...*, op. cit., págs. 75 y ss.

(9) RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, 97, pág. 51.

(10) LINDE, Enrique, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (coordinador), Cívitas, 1978, págs. 153 y 154.

(11) COHEN-JONATHAN, Gérard, «Quelques considérations...», op. cit., pág. 53.

(12) La referencia es al antiguo artículo 45 CEDH: «La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio que las Altas Partes Contratantes o la Comisión le sometan, en las condiciones previstas por el artículo 48».

(13) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol, *Protection des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de GERARD J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, pág. 224. En el mismo sentido, CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, «España y la protección de los derechos humanos: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal constitucional español», *Archiv des Völkerrechts*, Artibus, 1994, pág. 190. Sobre el valor del artículo 10.2 CEDH como elemento de integración del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento español vide especialmente RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, 2001, págs. 79 y ss.

(14) RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias...*, op. cit., págs. 52-53. Sobre la cuestión del valor de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento español, vide, por todos, LINDE, Enrique, *El sistema europeo...*, op. cit., págs. 153-4; DELGADO BARRIO, Javier, «Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia española», *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto 1989, op. cit., pág. 243; MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, «Ejecución de las sentencias...», op. cit., págs. 53 y ss.; MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, «El Convenio de Roma...», op. cit., págs. 891 y ss; REY MARTÍNEZ, Fernando, «El Criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)», *Revista General de Derecho*, núm. 537, julio, 1989, págs. 3616-3617; BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Las sentencias del tribunal...*, op. cit.; SALADO OSUNA, Ana, «Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en derecho español», *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 190 y ss. ORTELLS RAMOS, Manuel, «El juez ante el Convenio europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, 1998 págs. 22 y ss.

(15) LINDE, Enrique, *El sistema europeo...*, op. cit., págs. 153-4. En el mismo sentido DELGADO BARRIO señala que «la cuestión es la de determinar el sentido del artículo 10.2 de la Constitución: ¿Cuándo éste atribuye una relevante virtualidad interpretativa(...) al Convenio Europeo se está remitiendo sólo a sus declaraciones normativas o también a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?. En otros términos, ¿las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo, además de la eficacia concreta que tienen en los litigios en los que se dictan -art. 53-, van a tener vigor interpretativo general del Convenio, en cuanto complemento jurisprudencial de éste, más allá de los límites propios del litigio en que recayeron?. La respuesta ha de ser afirmativa». DELGADO BARRIO, Javier, «Proyección de las decisiones...», op. cit., pág. 242.

(16) Vide, asimismo, SSTC 139/1989, de 20 de julio(FJ5), y 241/1991, de 16 de diciembre(FJ 3).

(17) DELGADO BARRIO, Javier. «Proyección de las decisiones...», op. cit., pág. 247.

(18) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, «Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la del Tribunal Constitucional», *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 268-9. Y en este sentido ya advertía FREIXES SANJUAN que «el Convenio Europeo y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está recibiendo una integración cada vez más importante en las sentencias del Tribunal Constitucional». FREIXES SANJUAN, Teresa, *Libertades informativas e integración europea*, Colex, 1996, pág. 125.

(19) MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, en el Prólogo de la obra *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Ediciones Revista General de Derecho, 2001, pág. 14.

(20) GIMENO SENDRA, Vicente «Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *La Ley*, núm. 4042, 1996, pág. 1617.

(21) En el mismo sentido vide STC 122/2000, de 16 de mayo, FJ 3.

(22) Antes hemos hecho referencia a los casos Dudgeon, Norris y Modinos en los que el Tribunal aplica la misma jurisprudencia a tres países distintos para llegar a la misma conclusión. Ahora es obligado traer a colación la STC 145/1988, de 12 de julio que declaró inconstitucional el párrafo 2 artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, basándose para ello en la jurisprudencia del TEDH, especialmente a las SSTEDH Piersack de 1 de octubre de 1982 y De Cubber de 26 de octubre de 1984. Por Auto de 22 octubre 1987, el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid elevó a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación, entre otros artículos, al artículo 2 de la LO 10/1980, de 11 noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes por si pudiera ser contrario al artículo 24.2 CE, que reconoce los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso público con todas las garantías. Igualmente, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca, por auto de 16 octubre 1987, también acordó promover cuestión de inconstitucionalidad respecto al indicado art. 2 LO 10/1980, de 11 noviembre.

El citado artículo 2 de la LO 10/1980 señalaba que «Serán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido. En ningún caso les será de aplicación la causa de recusación prevista en el apartado 12, artículo 54 LECrim.». Este último precepto establece entre las causas de recusación de los Magistrados y Jueces la de haber sido instructor de la causa.

A grandes trazos la jurisprudencia del TEDH con relación a la imparcialidad judicial puede resumirse así: La STEDH Piersack, de 1 de octubre de 1982, establece que por «imparcialidad del Poder Judicial» hay que entender la ausencia de prejuicio o idea preconcebida(en el mismo sentido, vide STEDH Worm de 29 de agosto de 1997), distinguiéndose, como se pone de manifiesto en la STEDH Gautrin, de 20 de mayo de 1998, entre una dimensión subjetiva y otra objetiva de este término: La primera consiste en intentar determinar la convicción personal de tal o tal juez en tal ocasión. La segunda busca asegurar que ofrezca garantías suficientes para excluir toda duda legítima a este respecto. Señala ORTELLS RAMOS que desde la primera dimensión «partiendo de la base de que la parcialidad no se presume, podría probarse que, en concreto, el juez tiene postura tomada en cuanto a la sentencia del proceso de que se trate. Por otra parte, la imparcialidad debe apreciarse de un modo objetivo, que prescindiera de la subjetividad del juez respecto al caso concreto. La primera apreciación de la falta de imparcialidad es difícil que tenga éxito, porque requiere la prueba de un factor interno o espiritual como es el de un determinado prejuicio del juez respecto del caso. La segunda apreciación ha sido, en cambio, realizada por el TEDH en varios casos significativos» ORTELLS RAMOS, Manuel, «El juez ante el Convenio europeo...», op. cit. 1998, págs. 181 y 182. Desde esta segunda perspectiva de lo que se trata, de acuerdo con la STEDH Hauschildt de 24 de mayo de 1989, es ver si, con independencia de la conducta personal del juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda la imparcialidad del juez. Es importante, por lo tanto, y como se señala, asimismo, en la sentencia De Cubber de 26 octubre 1984, las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad pues ello mina la confianza que los ciudadanos han de tener hacia el Poder Judicial. Advertir que si bien algunas de estas sentencias son posteriores a la STC 145/1988, la jurisprudencia sobre la cuestión ya estaba perfilada completamente en las SSTEDH Piersack de 1 de octubre de 1982 y De Cubber de 26 octubre 1984, a las que el Tribunal Constitucional se remitirá a la hora de declarar inconstitucional el segundo párrafo del artículo 2(Vide FJ 5 de la sentencia).

A esta jurisprudencia se hace referencia, asimismo, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal:

«El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la

causa penal. La presente Ley Orgánica pretende acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia mencionada, mediante la introducción de una nueva clase de órganos unipersonales: los Juzgados de lo Penal».

(23) En el mismo sentido, SSTEDH Pakelli, de 28 de abril de 1983, Dudgeon, de 24 de febrero de 1984 y Papamichalopoulos, de 31 de octubre de 1995.

(24) Vide en el mismo sentido STEDH Johnston de 18 de diciembre de 1986.

(25) RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias...*, op. cit., págs. 32-33.

(26) Al respecto vide FLAUS, Jean François, «La pratique interne du Comité des Ministres du Conseil de l' Europe au titre de l' article 54 de la Convention Européenne des Droits de l' Homme», *Annuaire Français de Droit International*, XXXIV, 1988, págs. 420-421.

(27) SORIA JIMÉNEZ, Alberto, «La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Análisis de la STC 245/1991(asunto Barberà, Messegué y Jabardo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 36, septiembre-diciembre, 1992, pág. 331. En relación con los efectos internos de las sentencias del TEDH vide además MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, «La ejecución de sentencias...», op. cit., págs. 53 y ss.; BONET i PÉREZ, Jordi, «El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos Humanos», *RJC*, 1993, págs. 59-89; ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó»(comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)», *Revista de las Institucionales Europeas*, 1992, vol. 19, núm. 1, págs. 139-163; y BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos en el ordenamiento español*, Tecnos, 1997 y RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias...*, op. cit.

(28) SORIA JIMÉNEZ, Alberto, «La problemática ejecución de las sentencias...», op. cit., pág. 324.

(29) Artículo 240.2 de la LOPJ de 1985: «Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

(30) RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias...*, op. cit., pág. 151.

(31) Un estudio completo de las distintas posibilidades de dar efecto interno a las sentencias del TEDH puede verse en BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo...*, op. cit., págs. 157 y ss.; SORIA JIMÉNEZ, Alberto, «La problemática ejecución de las sentencias...», op. cit., págs. 334 y ss; RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias...*, op. cit., págs. 156 y ss. Este último autor hace referencia no sólo al caso de que la violación tenga su origen en una resolución de un órgano jurisdiccional sino que también analiza las posibles soluciones al hecho de que aquella tenga un origen distinto.

(32) MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, «La ejecución de sentencias...», op. cit., pág. 86

(33) RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias...*, op. cit., pág. 158.

(34) BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo...*, op. cit., págs. 210 y ss.

(35) SORIA JIMÉNEZ, Alberto, «La problemática ejecución de las sentencias...», op. cit., pág. 354.

(36) GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERI LLOBREGAT, José, *Los procesos de amparo(ordinario, constitucional e internacional)*, Colex 1994, pág. 282.

(37) Actual artículo 46.

(38) El autor hace referencia al antiguo artículo 53, hoy artículo 46.

8640 (39) MARGUENAUD, Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l' homme*, Dalloz, 1997, pág. 123.

(40) MARGUENAUD, Jean-Pierre, *La Cour européenne...*, op. cit., págs. 124 y 125.

(41) Al respecto vide CATALA i BAS, Alexandre H., «Consideraciones sobre el derecho al respeto de la correspondencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de*

Derecho, n.º 606, 1995, págs. 1973 y ss.

(42) De esta manera, han tratado de comunicaciones postales, entre otras las siguientes sentencias del TEDH: De Wilde de 18 de junio de 1971, Golder de 21 de febrero de 1975, Silver de 25 de marzo de 1983, Campbell y Fell de 28 de junio de 1984, Boyle y Rice de 27 de abril de 1988, Schönenberger de 20 de junio de 1988, McCallum de 30 de agosto de 1990, Margaretta y R.A. de 25 de febrero de 1992, Pfeifer y Plankl de 25 de febrero de 1992, Campbell de 25 de marzo de 1992, Herczegfalvy de 24 de septiembre de 1992, Niemietz de 16 de diciembre de 1992, Funke de 25 de febrero de 1993, Crémieux de 25 de febrero de 1993, Miaillhe de 25 de febrero de 1993, Domenichini de 15 de noviembre de 1996 y Calogero Diana de 15 de noviembre de 1996. Y han tenido por objeto comunicaciones telefónicas, entre otras las siguientes: Klass de 6 de septiembre de 1978, Malone de 27 de octubre de 1983, Schenk de 12 de julio de 1988, Kruslin de 24 de abril de 1990, Huvig de 24 de abril de 1990, Margaretta y R.A. de 25 de febrero de 1992, Lüdi de 16 de junio de 1992 y Valenzuela Contreras de 30 julio de 1998.

(43) Destacar aquí cómo el nuevo Código Penal da respuesta a los avances tecnológicos tipificando en el artículo 197 el delito de quien:

«para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación...».

(44) Circunstancia que se repite en más de una ocasión. Así, por ejemplo, en la STEDH Niemietz de 16 de diciembre de 1992 y con relación a la vida privada señaló que no apreciaba «ni posible ni necesario definir de manera exhaustiva». Otro tanto hizo con relación a los sentimientos religiosos en la STEDH Otto-Preminger-Institut de 20 de septiembre de 1994 y con relación a la moral en la sentencia Handyside de 7 de diciembre de 1976.

(45) Proceso que supone: 1. Que la comunicación relevante es un procedimiento de relación significativa entre personas que queda defendido por la norma frente a cualquier interceptación. 2. Que la comunicación es un proceso de transmisión de mensajes. 3. Que sólo es comunicación aquella que se mantiene a través de un determinado medio técnico quedando fuera de esta disposición las conversaciones directas o «en persona». JIMÉNEZ CAMPO, Javier, «La garantía del secreto de las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, mayo-agosto 1987 págs. 42 y ss.

(46) ITALIA, Vittorio, *Libertà e segretezza de la corrispondenza e della comunicazioni*, Milán, Guiffré, pág. 6.

(47) Estos son los casos, por ejemplo, de la prohibición de entablar correspondencia, el retraso en el envío o recepción de la misma, o la censura de parte de su contenido, y que se dan con relación a personas que se encuentran en situaciones especiales tales como presos o internos en establecimientos psiquiátricos.

(48) SSTEDH Golder de 21 de febrero de 1971 y Margaretta y Roger Anderson de 25 de febrero de 1992.

(49) SSTEDH Campbell de 25 de marzo de 1992, Calogero Diana de 15 de noviembre de 1996 y Domenichini de 15 de noviembre de 1996.

(50) SSTEDH Silver de 25 de marzo de 1983, McCallum de 30 de agosto de 1990, Boyle y Rice de 27 de abril de 1988 y Herczegfalvy de 24 de septiembre de 1992.

(51) STEDH McCallum de 30 de agosto de 1990.

(52) STEDH Silver de 25 de marzo de 1983.

(53) SSTEDH Niemietz de 16 de diciembre de 1992, Funke de 25 de febrero de 1993, Crémieux de 25 de febrero de 1993 y Miaillhe de 25 de febrero de 1993.

(54) STEDH Pfeifer y Plank de 25 de febrero de 1992.

(55) SSTEDH Malone de 2 de agosto de 1984, Lüdi, Kruslin Hugiv, todas ellas de 24 de noviembre de 1990.

(56) STEDH Malone de 2 de agosto de 1984.

(57) En dicha sentencia, el TEDH consideró que caía dentro del ámbito del artículo 8 la actuación de las autoridades consistente en conocer los números telefónicos marcados por una persona pues los mismos forman parte de la comunicación telefónica.

(58) PELLOUX, Robert, «Trois affaires allemandes devant la Cour européenne des Droits de l'Homme», *Annuaire français de droit international*, 1979, pág. 344, pone de relieve como el TEDH utiliza argumentos, susceptibles de ser calificados de políticos, para defender la conveniencia de tales injerencias.

(59) STEDH Klass de 6 de septiembre de 1978.

(60) STEDH Malone de 2 de agosto de 1984.

(61) SSTEDH Funke, Crémieux y Mialhe, todas de 25 de febrero de 1993.

(62) Vide también la STEDH Malone de 27 de octubre de 1983.

(63) Sin embargo, poner de manifiesto que, en ocasiones, el propio TEDH ha pecado de una interpretación excesivamente laxa de dichos criterios. El caso más evidente es la STEDH Wilde de 18 de junio de 1978 que consideró que no infringía el CEDH el control de la correspondencia de los vagabundos internados en establecimientos de acogimiento. Parece excesivamente rigurosa una legislación que permite la intervención de las comunicaciones de personas que no tengan la cualidad de sospechoso o no estén incurso en ninguna causa penal, únicamente por su condición de persona sin techo. La simple condición de menos favorecido, incluso de marginal, no puede legitimar tales medidas.

(64) STEDH Kruslin de 24 de abril de 1990.

(65) SSTEDH De Wilde de 18 de julio de 1971 y Huvig de 24 de abril de 1990.

(66) STEDH Silver de 25 de marzo de 1983.

(67) En el mismo sentido, SSTEDH Malone de 28 de noviembre de 1984, Kruslin de 24 de abril de 1990 y Huvig de 24 de abril de 1990.

(68) Principio que aparece recogido en el Preámbulo del Convenio («resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a las libertades y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal») y si bien hay que admitir que el Preámbulo no incluye la preeminencia del Derecho en el objeto y fin del Convenio, sino que lo designa como uno de los elementos del patrimonio espiritual común de los Estados miembros del Consejo de Europa, el Tribunal estima, sin embargo, que no sería correcto ver en esta mención una simple «referencia más o menos retórica» desprovista de interés para el intérprete del Convenio. Si los gobiernos signatarios han decidido «adoptar las primeras medidas tendentes a asegurar la garantía de algunos derechos, enunciados en la Declaración Universal», es en razón, entre otras, de su creencia sincera en la preeminencia del Derecho. Parece natural y conforme con el principio de la buena fe (artículo 31, párrafo 1, del Convenio de Viena) que se tenga en cuenta este principio al interpretar las disposiciones del Convenio en su contexto y a la luz del objeto y fin del Convenio. Vide STEDH Golder de 21 de febrero de 1975.

(69) SSTEDH Malone de 27 de octubre de 1983 y Silver de 25 de marzo de 1983.

(70) En una interpretación poco rigurosa de esta exigencia, las SSTEDH Groppera Radio y otros de 28 de marzo de 1990 y Autronic de 22 de mayo de 1990, el TEDH consideraron cumplido por el Estado suizo el requisito de la accesibilidad teniendo a disposición de los interesados el Reglamento Internacional de las Radiocomunicaciones (más de 1000 páginas), si bien no se hallaba -por los motivos materiales de extensión mencionados- publicado en el Boletín Oficial de Leyes Federales.

(71) Vide, entre otras, SSTEDH Malone de 27 de octubre de 1983 y Kruslin de 24 de abril de 1990.

(72) STEDH Silver de 25 de marzo de 1983.

(73) Vide especialmente SSTEDH Sunday Times de 26 de abril de 1979, Silver de 25 de marzo de 1983 y Malone de 27 de octubre de 1983.

(74) Vide SSTEDH Klass de 6 de septiembre de 1978 y Malone de 27 de octubre de 1983.

(75) Vide principalmente SSTEDH Sunday Times de 26 de abril de 1979, Silver de 25 de marzo de 1983 y Malone de 27 de octubre de 1983.

(76) Con relación a las comunicaciones de los presos vide MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso*, Tecnos, 2000.

(77) Ejemplo de la recepción de esta jurisprudencia a nivel europeo es la sentencia de la *Cour de appel* belga, de 2 de mayo de 1990, caso Callewaert c. Vandenplas, que falló que la técnica del *comptage* vulneraba el derecho al secreto de las comunicaciones «pues la simple conformidad a la ley nacional no es suficiente, es necesario que el derecho interno autorice explícitamente la injerencia en la vida privada y que enuncie los elementos esenciales de la potestad de las autoridades con una precisión razonable y en normas accesibles que indiquen de forma suficiente el alcance y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación atribuido a las autoridades competentes; que una ley autorizando una injerencia en la vida privada por una grabación de las escuchas telefónicas ha de utilizar términos claros indicando en qué circunstancias y bajo qué condiciones habilita a las autoridades a llevar a cabo tal injerencia en el derecho al respeto a la vida privada; que una circular ministerial no puede ser considerada una ley en el sentido del artículo 8.2», además dicha circular «no precisaba en qué casos y en qué circunstancias esta medida podía ser ordenada ni las garantías que debían rodear la misma».

(78) Sobre la cuestión vide COHEN-JONATHAN, Gérard, «Les écoutes téléphoniques», *Protection des droits de l' homme: la dimension européenne, studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, págs. 97 y ss.; COHEN-JONATHAN, Gérard, «La Cour européenne des droits de l' homme et les écoutes téléphoniques. Les arrêts Kruslin et Huvig du 24 avril 1990», *Revue universelle des droits de l' homme*, 1990, vol. 2, n.º 5, págs. 185 y ss.; PRADEL, Jean, «Écoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l' homme», *Recueil Dalloz Sirey*, cahier 4.º, 1990, págs. 15 y ss.; PRADEL, Jean, «Note a la STEDH Kruslin», *Recueil Dalloz Sirey, jurisprudence*, 1990, págs. 358 y 359; LAMBERT, Pierre, «Les écoutes téléphoniques. Arrêts Huvig et Kruslin c. la France, du 24 avril 1990, de la Cour européenne des droits de l' homme», *Journal des Tribunaux*, n.º 5571, 1990, págs. 749 y 750; KOERING-JOULIN, Renée, «De l' art de faire l' economie d' une loi(à propos de l' arrêt Kruslin et de ses suites)», *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, 27.º cahier, págs. 187 y ss.; FLAUS, Jean-F rançois, «Écoutes téléphoniques: le point de vue de Strasbourg», *Revue français de droit administratif*, 7(1), 1991, págs. 89 y ss.; MORANGE, Jean, «Les écoutes téléphoniques: un regime sous surveillance», *Revue français de droit administratif*, 7(1), 1991, págs. 83 y ss.; KAYSER, Pierre, «La conformité à la Convention européenne des droits de l' homme et à la Constitution de la france des écoutes téléphoniques administratives», *Recueil Dalloz Sirey*, cahier 3.º, 1991, págs. 17 y ss. PRADEL, Jean, «Un exemple de restauration de la legalité criminelle: le régime des interceptations de correspondance émises para la voie des télécommunication», *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, cahier 6.º, págs. 49 y ss.; KAYSER, Pierre, «La Loi n. 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques», *La semanine juridique*, n.º 8, 1992, págs. 91 y ss.; DOURNEAU-JOSETTE, Pascal, *Écoutes téléphoniques*, Dalloz, 1997; FAVREAU, Bertrand, «Pour en finir avec les écoutes téléphoniques», *Journal des droits de l' homme*, 1999, nº 33, págs. 13 y ss.

(79) Párrs. 51 y ss.

(80) Ahora bien, advierte que ello es lo deseable. STEDH Klass, párr. 56. En este caso el control era a cargo de un Comité de cinco parlamentarios independientes de las autoridades que llevan a cabo la investigación.

(81) «El Juez de instrucción procede, conforme a la ley, a todos los actos de investigación que consi-

dere útiles para el esclarecimiento de la verdad.

(...)

Si el Juez de instrucción está imposibilitado de proceder personalmente a todos los actos de instrucción, puede dirigir un mandamiento a los agentes de la policía judicial con el fin de ordenarles ejecutar todos los actos de investigación necesarios con las condiciones y reservas previstos en los artículos 151 y 152.

El Juez de instrucción debe verificar los elementos de prueba así obtenidos».

(82) «El Juez de instrucción puede requerir a través de un exhorto a todo Juez de su Tribunal, a todo Juez de instancia bajo la jurisdicción de este Tribunal, a todo agente de la policía judicial competente en el caso o a todo Juez de instrucción, proceder a los actos de investigación que considere necesarios en el territorio en el que éstos ejerzan su jurisdicción.

El exhorto indicará la naturaleza de la infracción, objeto de las diligencias. Será fechado y firmado por el Magistrado que lo libre y se estampará su sello.

Sólo puede prescribir actos de instrucción relacionados directamente con la represión de la infracción objeto del proceso».

(83) «Los Magistrados o agentes de la policía judicial encargados de la ejecución ejercen, dentro de los límites del exhorto, todos los poderes del Juez de instrucción».

(84) COHEN-JONATHAN, Gérard, «Les écoutes téléphoniques...», op. cit., págs. 100 y ss. Sobre la necesidad de una ley vide también PRADEL, Jean, «Écoutes téléphoniques...», op. cit., págs. 17 y ss.

(85) Y eso que se trataba de escuchas judiciales. Con toda razón afirma KAYSER que si este tipo de escuchas fueron consideradas contrarias al Convenio, con mayor razón lo eran las escuchas administrativas oficialmente reconocidas y que eran practicadas sin ningún tipo de soporte legal, jurisprudencial ni reglamentario. KAYSER, Pierre, «La conformité...», op. cit., pág. 17.

(86) Por el contrario, del CEDH no se deriva la exigencia de que la medida sea ordenada por un juez, sino que, en todo caso, basta un control judicial *a posteriori*.

(87) Puede verse esta sentencia en *Revue universelle des droits de l' homme*, 1990, pág. 220. Vide en el mismo sentido sentencia de 3 de junio de 1992 en la que a las anteriores garantías se une ahora el que las cintas fueron precintadas. Puede verse la sentencia en *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation criminelle*, 1992, pág. 611.

(88) DOURNEAU-JOSSETTE, Pascal, *Écoutes...*, op. cit., pág. 5. Vide a título de ejemplo la Decisión de admisibilidad de la ComEDH Picaud c. Francia de 16 de marzo de 1993.

(89) Párr. 38.

(90) Sobre esta ley vide el análisis que se hace en KAYSER, Pierre, «La Loi n. 91-646 du 10 juillet 1991...», op. cit. Puede verse el texto de la ley en la *Revue universelle des droits de l' homme*, 1991, págs. 427 y ss.

(91) Ello no obstante, el TEDH terminó dando la razón al demandante al advertir que se habían producido una serie de irregularidades en las escuchas llevadas a cabo. Vide párrs. 30 y ss.

(92) Sentencia calificada por MONTERO AROCA como de auténtico «varapalo». MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones...*, op. cit., pág. 78.

(93) MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones...*, op. cit., pág. 75

(94) FJ 30. Critica el magistrado Rafael DE MENDIZÁBAL ALLENDE en su voto particular el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por el Tribunal Constitucional al declarar un precepto inconstitucional por ser desproporcionada la sanción, cuando había rehuído la cuestión en diferentes ocasiones: «Una primera STC 53/1994 no reputó desmesurado que para tres vecinos de los partidos judiciales de Burgo de Osma y La Palma del Condado se pidieran más de dos años por pescar cangrejos en tiempo de veda. Era, eso sí, la cuarta infracción que cometían de la Ley de Pesca Fluvial(20 de febrero de 1942, art. 60) donde se criminaliza tal reincidencia, imponiéndole la pena de presidio, luego prisión menor, o sea, entre seis meses

y un día y seis años con la inhabilitación para obtener licencia de uno a cinco años. Pero hay más. Otra, la STC 55/1996, dio por buena las penas de prisión menor en sus grados medio o máximo (desde dos años, cuatro meses y un día a seis años) junto a la inhabilitación absoluta, previstas para castigar la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria por un objetor de conciencia (LO 8/1984, art. 2). Una tercera, la STC 160/1997, no vio tampoco desmesura alguna en la pena de prisión entre seis meses y un año señalada para el hecho de negarse a realizar la prueba de impregnación alcohólica, por equivalencia de esta actitud con la desobediencia grave a la autoridad, con la circunstancia añadida de que el delito "principal", conducir en estado de intoxicación etílica, estaba sancionado con menos severidad (arts. 379, 380 y 556 CP; LO 10/1995). Sentencia ésta a la que dos de los Magistrados formulamos voto particular por razones que no hacen al caso. En definitiva, estos tres precedentes son negativos y coinciden en no entrar al capote, dejando al legislador una libertad de opción y un margen para actuar cuyo único límite sería la arbitrariedad. Se me dirá que siempre hay una primera vez y es fácil contestar que no parece ésta la más indicada desde cualquiera de las perspectivas -exclusivamente constitucionales- del caso».

(95) Al respecto vide NARVAEZ RODRÍGUEZ, Antonio, «Intervenciones telefónicas: comentarios a la STC 49/1999, de 5 de abril, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 1, 1995, págs. 1758 y ss.

(96) El vigente artículo 579 LECrim tienen la siguiente redacción:

1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

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

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

4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el núm. 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

(97) Con relación a este precepto vide GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 1998. Destaca este autor que «nos encontramos ante un supuesto normativo muy defectuoso, poco preciso y con evidentes lagunas(...) que ha tenido que ir interpretándose y perfeccionando progresivamente por la doctrina del TC(...) y por el TS(pág. 150), que incluso es poco preciso terminológicamente, pues «el artículo 579 LECRIM se refiere a "procesado", pero doctrinal y jurisprudencialmente está admitido sin fisuras que se trata de un error terminológico de la Ley(...) lo decisivo es que el término correcto es el de imputado(pág. 152).

(98) Por el gran interés que ello puede tener, habida cuenta que el TEDH declara que dichos artículos cumplen con las exigencias derivadas del Convenio reproducimos a continuación los artículos 100 y siguientes del *Code de procédure pénale*, introducidos por la Ley de 10 de julio de 1991 en su versión original. Huelga decir la gran diferencia que se aprecia entre la actual normativa francesa y la española.

Article 100:

«En matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à

deux ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.

La décision d'interception est écrite. Elle n'a pas de caractère juridictionnel et n'est susceptible d'aucun recours.

Article 100-1:

«La décision prise en application de l'article 100 doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci.

Article 100-2:

«Cette décision est prise pour une durée maximum de quatre mois. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée.

Article 100-3

«Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui peut requérir tout agent qualifié d'un service ou organisme placé sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé des télécommunications ou tout agent qualifié d'un exploitant de réseau ou fournisseur de services de télécommunications autorisés, en vue de procéder à l'installation d'un dispositif d'interception.

Article 100-4:

«Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui dresse procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement. Ce procès-verbal mentionne la date et l'heure auxquelles l'opération a commencé et celles auxquelles elle s'est terminée.

Article 100-5:

«Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire commis par lui transcrit la correspondance utile à la manifestation de la vérité. Il en est dressé procès-verbal. Cette transcription est versée au dossier.

Les correspondances en langue étrangère sont transcrites en français avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin.

Article 100-6:

«Les enregistrements sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique.

Il est dressé procès-verbal de l'opération de destruction.

Article 100-7:

«Aucune interception ne peut avoir lieu sur la ligne d'un député ou d'un sénateur sans que le président de l'assemblée à laquelle il appartient en soit informé par le juge d'instruction.

Aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction.

Les formalités prévues par le présent article sont prescrites à peine de nullité.

(99) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La intervención judicial...», op. cit., págs. 155-156.

(100) MARTÍN PALLIN, José Antonio, «Escuchas telefónicas», en el libro *Homenaje a Enrique Ruiz Vadillo*, Colex, 1999, pág. 369.

(101) ASENCIO MELLADO, Jose María, «Los derechos contemplados en el artículo 8 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales de fecha de 4 de noviembre de 1950, en *Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, pág. 146.

(102) RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, 1995, pág. 212.

(103) MONTERO AROCA, Juan: *La intervención de las comunicaciones...*, op. cit., págs. 81.

(104) *Ibidem*, pág. 74.

(105) GIMENO SENDRA, Vicente, «Las intervenciones telefónicas...», op. cit., pág. 1.618

(106) NARVAEZ RODRÍGUEZ, Antonio, «Intervenciones telefónicas...», op. cit. 1780.

(107) Punto sobre el que muestran su discrepancia con relación al ordenamiento francés KOERING-JOULIN, Renée, «De l' art. ...», op. cit., págs. 118 y ss. y en el mismo sentido FLAUS, Jean Mari, «Écoutes téléphoniques...», op. cit., pág. 93: Afirma este último autor que el papel de la jurisprudencia en los países de Derecho escrito «se sitúa en la interpretación que hace de los textos en vigor. Ello significa a priori que la jurisprudencia aclara incluso de manera completa el texto escrito pero no lo reemplaza.»

(108) FJ 3. En el mismo sentido STC 122/2000, de 16 de mayo(FJ 3).

(109) Vide FJ 4.

(110) Vide por todas, SSTC 236/1999, de 20 de diciembre, 92/2000, de 10 de abril, 122/2000, de 16 de mayo, 126/2000, de 16 de mayo, 14/2001, de 29 de enero.

(111) STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ. 2.

(112) STC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7. En el mismo sentido STC 14/2001, de 29 de enero, FJ 3. En el primer caso así lo afirmó con relación a un delito continuado de hurto debido a la elevada cantidad(más de 100 millones). En el segundo llegó a idéntica conclusión con relación a un delito de contrabando de tabaco. En el caso de la STC 236/1999 los delitos imputados fueron, entre otros, tráfico de droga, contrabando, receptación, delito monetario y falsedad. En STC 92/2000 se trató de un delito de tráfico de drogas.

(113) Recordemos que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5.1 ordena a los jueces y tribunales que apliquen las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».