

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

Dr. Alfredo Islas Colín.

Investigador del CENADEH de la CNDH,
Profesor de la UNAM y del ITESM.
Investigador Nacional SNI II.

En los últimos años, el tema de las intervenciones telefónicas es uno de los temas que divide a las sociedades contemporáneas debido a que buscan el equilibrio que debe guardar el respecto a la libertad de las comunicaciones y el derecho a la privacidad por una parte; y por otra parte, las intervenciones telefónicas que la autoridad realiza por intereses que determina superiores.

El debate aparentemente tiene que ver con “las nuevas tecnologías” o con “el desarrollo jurídico” pero en el fondo tiene que ver con la intimidad, la cual ya e protegió no solamente de manera general, sino también, de manera específica, con la libertad de correspondencia y su confidencialidad. Aunque podemos decir que es una combinación entre los derechos tutelados desde antes que apareciera el teléfono, como con las nuevas tecnologías.¹

En éste sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableció en su artículo 16, párrafos XI al XIV (“Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia del Sistema de Justicia Penal”, *Diario Oficial* de la Federación, 18 de

junio de 2008, En Revista Derechos Humanos México, CNDH, año 3, número 9, 2008, pp. 65-106), la regulación de las intervenciones telefónicas en los términos siguientes²:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de

¹ Un texto muy importante para conocer el secreto de las comunicaciones es el del extraordinario profesor Javier Díaz Revorio, “El Derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: una visión desde la jurisprudencia europea y su influencia en el Tribunal Constitucional Español”, en la *Revista Derechos Humanos. México*, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos, año, 1, número 2, 2006, pp. 125-145.

² El texto constitucional modificado, en la reforma en comento, esta con cursivas.

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

intervención, los sujetos de la misma y su duración.

La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

Como podemos observar, la reforma constitucional relativa al tema de las intervenciones en las comunicaciones telefónicas, tienen que ver principalmente con el valor probatorio de las aportaciones de las comunicaciones telefónicas por una de las partes. Es de llamar la atención, que pretende el texto constitucional adicionado, darle valor probatorio, que determine el juez, a las comunicaciones telefónicas que de manera

voluntaria aporte alguno de los partícipes en dichas comunicaciones. Esto es, el constituyente permanente, presenta como una excepción a la violación de la libertad de comunicaciones telefónicas y la privacidad, pretendiendo que dichos derechos humanos, de la libertad de comunicaciones y la privacidad, previsto en instrumentos internacionales y tratados internacionales, los cuales además de que son parte del *ius cogens*, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (artículo 12) y el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (artículo 17), entre otros, pueden sus titulares de dichos derechos humanos renunciar a ellos. Se olvidan que los derechos humanos son irrenunciables, que las disposiciones, así sean constitucionales puedan ir mas lejos que los derechos humanos consagrados en el *ius cogens* e instrumentos internacionales. Los textos de los documentos internacionales citados dicen como a continuación exponemos:

La Declaración Universal de Derechos Humanos artículos 12 y 29:

Artículo 12. “Nadie será objeto de **injerencias arbitrarias** en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

ARTÍCULO 29. 1. *Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.*

2. *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las*

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 17:

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Además, desde la perspectiva del derecho internacional no se puede aducir el derecho interno, ni siquiera el constitucional para justificar el incumplimiento de una obligación internacional. Toda vez que el principio *pacta sunt servanda* determina que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, principio consagrado en el artículo 26 de la *Convención de Viena*. Asimismo, el artículo 27 del *Tratado de Tratados* señala que cuando se presente una contradicción entre el derecho interno y un tratado internacional, deberá prevalecer el tratado. Para el derecho mexicano dicho principio podría implicar un problema, ya que

nuestro Pacto Federal reconoce el principio de primacía constitucional.³

CONVENCIÓN DE VIENA, SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DOF 28 de abril de 1988

PARTE III. OBSERVANCIA, APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS SECCIÓN 1. Observancia de los Tratados

Artículo 26. *Pacta sunt servanda.* *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*

Artículo 27. *El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados*

1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado.

3 José Luis Vallarta realiza una interesante reflexión respecto de este punto, al señalar que seguramente un juez mexicano frente a una contradicción entre la Constitución y un tratado optaría por hacer prevalecer la Constitución en su sentencia. En tanto que, sin duda alguna, un tribunal internacional, frente a esa contradicción, haría prevalecer el tratado internacional. Cf. José Luis Vallarta Marrón, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2007, p. 63.

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

SECCIÓN 2. Nulidad de los tratados

Artículo 46. Disposiciones de derecho interno del Estado y reglas de la organización internacional concernientes a la competencia para celebrar tratados

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. El hecho de que el consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de las reglas de la organización concernientes a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicha organización como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

3. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado o cualquier organización internacional que proceda en la materia conforme a la práctica usual de los Estados y, en su caso, de las organizaciones internacionales y de buena fe.

La ley no puede hacer nugatorio el derecho a la privacidad y la libertad de comunicaciones telefónicas, pues como dicen los textos citados no se permiten injerencias arbitrarias. Es necesario resaltar, que las limitaciones a las libertades o a los derechos, como la libertad de las comunicaciones o la intimidad, tiene que hacerse por ley, pero deberán ser solamente, aquellas que sean “necesarias” en una “sociedad democrática”⁴

El sentido de las prohibiciones “injerencias arbitrarias” y las “injerencias arbitrarias o ilegales” en éstos instrumentos internacionales citados, es que las injerencias de las autoridades pueden ser legítimas, sin embargo arbitrarias; las injerencias por parte de un particular serían “ilegales.”⁵

Los criterios jurisprudenciales relativos a las intervenciones telefónicas son los siguientes:

Titulo: VIAS GENERALES DE COMUNICACION, DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 571 DE LA LEY DE.

Texto: El artículo 571 de la Ley de Vías Generales de Comunicación dispone que: "Se castigará con la pena que señala el Código Penal para el delito de revelación de secretos al que indebidamente y en perjuicio de otro, intercepte, divulgue, revele o aproveche los mensajes, noticias o información que escuche y que no estén destinados a él o al público en general". Es obvio que los actos consistentes en

⁴ Daes, A, Erica-Irene, La Libertad del individuo frente a la Ley. Centro de Derechos Humanos, Ginebra. 1990. p. 132, párrafos 181-184.

⁵ Daes, A, Erica-Irene, La Libertad del individuo frente a la Ley. Centro de Derechos Humanos, Ginebra. 1990. p. 132, párrafos 181-184.

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

interceptar una línea telefónica utilizada por otra persona se realizan en forma indebida; ahora bien, respecto al perjuicio causado como elemento del tipo, éste queda demostrado si se acredita que se interceptó una línea telefónica, pues es evidente el perjuicio causado al usuario de la línea, ya que con la sola interceptación se le priva del derecho que tiene a usar un servicio telefónico en forma exclusiva; es decir, una vía de comunicación por lo que la ha pagado por usarla en forma privada; por ello, en cuanto se lesiona esa privacidad, es indudable que se le causa un perjuicio. Por otra parte, resulta irrelevante que se hubiere revelado o no algún mensaje, noticia o información, toda vez que el artículo 571 comentado, establece cuatro formas de comisión del delito: por interceptación, divulgación, revelación o aprovechamiento de mensajes, noticias o información que no estén destinados al activo o al público en general; luego entonces, si se incurrió en una de esas formas, no es necesario que se demuestren las otras para que se configure el tipo. Además, si el artículo 571 remite al 211 del Código Penal, sólo es para los efectos de aplicación de la pena, más no para considerar que los elementos del delito que tipifica este precepto (revelación de secretos), son constitutivos del que prevé el artículo 571.

* Amparo directo 341/76. Vicente Juárez Díaz. 7 de julio de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Séptima Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Tomo: 91-96 Segunda Parte. Página: 91

El criterio jurisprudencia citado, nos muestra que el bien jurídicamente tutelado es la privacidad, la cual se ve lesionada con la sola intervención telefónica, por lo que no importa que sea o no difundida, revelada o aprovechado dicha información, pues solamente se requiere alguna de ellas para cumplir con el elemento del tipo penal.

Titulo: CATEOS. TELEFONOS INTERVENIDOS.

Texto: Es verdad que si de autos aparece que la Policía Judicial grabó unas conversaciones telefónicas relacionadas con los acusados, pero no aparece que se haya recabado antes una orden judicial para ello, ni que pericialmente se haya determinado que las voces eran de las personas a quienes se atribuyen, esas cintas carecen de valor probatorio en juicio. El artículo 16 constitucional señala que sólo la autoridad judicial podrá expedir órdenes de cateo, en las que se indicará el lugar que ha de inspeccionarse y los objetos que se buscan, a lo que ha de limitarse la diligencia. Es de notarse que ese precepto fue aprobado en el año de 1917, cuando no eran previsibles para el Constituyente los avances técnicos de la electrónica, que permiten realizar, en perjuicio de los particulares, actos tan nocivos como los que previeron en 1917, y de naturaleza sustancialmente semejante. Por lo demás, las garantías individuales protegen (o garantizan) ciertos derechos de los individuos, que se consideran de la mas alta importancia para que se pueda decir

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

que se vive en libertad, con dignidad, y no en un Estado policíaco. Y sería una interpretación mezquina de la Constitución la que ignorase los avances de la técnica para permitir la violación de esos derechos. En rigor, el espíritu de la garantía protege a personas, y a sus propiedades y privacidad, y no solo lugares y objetos tangibles, en un sentido material y estrecho. La garantía de los cateos no sólo rige la toma de objetos materiales y tangibles, sino que alcanza a la toma, mediante grabación o escucha, de aseveraciones verbales que un individuo hace con la confianza de que está actuando con derecho de su privacidad, y el acatamiento y respeto de esa garantía exige que la policía no ha de interferir con esa privacidad, sin mandamiento de autoridad judicial, para apoderarse del contenido de conversaciones telefónicas. Las actividades del gobierno al escuchar y grabar conversaciones telefónicas constituyen en rigor, dada la tecnología actual, un cateo, en el significado sustancial del artículo 16. Hay que determinar cuál es el valor protegido por la garantía, y seguirlo protegiendo contra los avances de la tecnología, para evitar que ésta vaya convirtiéndose en letra muerta a la garantía. Así pues, debe mediar el juicio imparcial de un funcionario judicial entre los ciudadanos y la intromisión policíaca en sus derechos y en su privacidad. Y para el efecto, lo mismo da que el teléfono utilizado estuviese en un hogar, en una oficina, etc., pues el mismo valor de privacidad de la persona, y de sus pertenencias, se viola en ambos casos. Por lo demás es sustancialmente lo

mismo efectuar un cateo para apoderarse de una aseveración escrita, que interferir un teléfono para apoderarse del contenido de una aseveración oral. Por tanto, si la interceptación telefónica no estuvo precedida de una orden judicial, se trata de un acto inconstitucional y, por ende, nulo de pleno derecho en sí mismo y en sus frutos.

* Amparo directo 1993/86. Fernando Karam Valle y otro. 31 de marzo de 1987. Cinco votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco. Séptima Época. Instancia: Sala Auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 217-228 Séptima Parte. Página: 75.

El anterior criterio jurisprudencial es muy importante, porque determina que no obstante las comunicaciones telefónicas no existían en la expedición de la Constitución de 1917, el constituyente del 1917 no pudo prever los adelantos tecnológicos, si previo la prohibición de las injerencias arbitrarias, por lo que prohibió los cateos, en este sentido considera el juzgador, del criterio jurisprudencial citado, que las intervenciones telefónicas que se realizaron sin las autorizaciones correspondientes de la autoridad jurisdiccional, que dichas intervenciones ilegales, no pueden ser prueba en un juicio, y es muy importante lo último que señala dicho criterio jurisprudencial, que dichos actos indebidos son inconstitucionales por lo que son nulos de pleno derecho y “en sus frutos”. Esto es muy importante porque tiene que ver con la tesis denominada del envenenamiento de los frutos del árbol, pues dichas intervenciones no pueden dar lugar a generar pruebas válidas, pues provienen de un acto nulo de pleno derecho, de un árbol envenenado,

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

no puede dar buenos frutos. Llamo la atención desde aquí, porque en la reforma constitucional, se prevé lo contrario, que pueda aportarse las comunicaciones telefónica como pruebas en un juicio, si una de las parte las aporta, de manera voluntaria. Lo cual es absurdo, pues no solamente, se esta renunciando a la privacidad, la cual es un derecho humano irrenunciable, sino que contrario a dicho criterio jurisprudencial citado, se pretende que pueda generar pruebas de comunicaciones telefónicas, ilícitas y adquirir valor lícito; o en otros términos, que el árbol envenenado, si puede producir buenos frutos, en la reforma constitucional vigente. Lo que es contrario a la lógica, pues la regla es que supone la nulidad de todas aquellas actuaciones que tengan su origen en una intervención telefónica ilegítima o irregular. En el mismo sentido, *Accessorium naturam sequi congruit principalis. (Domitius Ulpianus (Ulpiano, Digesto 34, 2, 19, 139))*⁶

A continuación otro criterio jurisprudencial emitido por un tribunal colegiado:

Titulo: COMUNICACIONES PRIVADAS. LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DE SUS GRABACIONES NO INFRINGE LA GARANTÍA DE SU INVOLABILIDAD.

Texto: Los artículos contenidos en el capítulo I, título primero "De las garantías individuales", de la Constitución Federal, protegen los

derechos subjetivos del gobernado reconocidos por la ley frente a los actos de las autoridades; por tanto, de acuerdo con lo dispuesto por los párrafos noveno y décimo del artículo 16 de nuestra Carta Magna, para que se actualice la hipótesis de una violación a la intervención de comunicaciones privadas, el acto mismo de la intervención de cualquier comunicación privada necesariamente debe provenir de una autoridad y nunca de un particular, siempre que no se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral, administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor; de manera que como en la especie se trata de materia civil y, especialmente, no existió ningún acto de autoridad federal mediante el cual se interviniera la comunicación telefónica sostenida entre el quejoso y la cónyuge del tercero perjudicado recurrente, sino que tal intervención se llevó a cabo por éste último mediante la grabación realizada en el teléfono instalado en su domicilio, es decir, en su propia línea telefónica, con el aparato comúnmente llamado contestadora o grabadora de recados, no es cierto que la admisión de la prueba documental de audiocintas y su inspección judicial que ofreció el referido recurrente, así como su recepción y reproducción material, infrinja en perjuicio del quejoso la garantía relativa a la inviolabilidad de las conversaciones privadas que consagra el artículo 16 de la Constitución Federal.

⁶ Esto es: "Lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal". Lo accesorio sigue el principal en el sentido que el bien principal comunica su condición jurídica al bien que se aglomera a el. Soberanes Fernández, José Luís, Islas Colín, Alfredo y Florence Lézé. *Locuciones Latinas Jurídicas.* (En prensa) Porrúa, 1ª. Edición, 2008, 130 pp.

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

Amparo en revisión 3191/97. Esteban Gonzalo Arias Pérez. 23 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretaria: María Guadalupe Gama Casas. Novena Época Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VI, Diciembre de 1997. Tesis: I.5o.C.9 K. Página: 656

EL criterio anterior, señala que las garantías individuales solamente pueden ser violadas por las autoridades; que los particulares no violan garantías individuales, por lo que las intervenciones telefónicas realizadas por particulares no violan garantías individuales, y mucho menos si la grabación de la comunicación fue con otro mismo aparato telefónico, de la misma casa habitación, con grabadora de la misma línea. Por lo que dice la tesis, que la admisión de las grabaciones como prueba documental, no viola garantía individual alguna. Aunque no omito señalar, que en la opinión del autor de éste comentario, no es aceptable, que de un acto ilícito, como son la obtención de información privada viola la intimidad y la libertad de las comunicaciones, que puedan aceptarse por la autoridad, que en otros términos, que el árbol envenenado, no de frutos envenenados.

La Corte Europea de Derechos Humanos ya se pronunció por la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas en las Sentencias 6 de septiembre 1978 –caso *Klas*–, 2 agosto 1984 –caso *Malone*–, 24 de marzo 1988 –caso *Olsson*– y 24 de abril 1990 –caso *Kruslin y Huvig*. En dichas sentencias, fijo unas exigencias mínimas, ampliables según las peculiaridades internas de los Estados que le legitiman, y consideradas como requisitos *sine quanon* para justificar la injerencia

en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones:

- a. Que la injerencia esté prevista legalmente.
- b. Que constituya una medida necesaria para proteger convenientemente la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud, la moral y, en definitiva, los derechos y libertades de los demás (artículo 8.2 del Convenio de Roma).
- c. Y que exista una necesidad y proporcionalidad en su injerencia.⁷

En nuestra opinión, la reforma constitucional relativa a la intervención de las comunicaciones telefónicas no cumple con dichos requisitos, que si bien no son resoluciones con fuerza vinculante, las sentencias citadas, los razonamientos si pueden aplicarse, debido a que protegen derechos humanos, como la intimidad, y libertad en las comunicaciones que tienen los mismos elementos a los previstos en los instrumentos internacionales citados, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (artículo 12) y el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (artículo 17), especialmente en la adición al artículo 16, párrafo XI, relativo a la aceptación como prueba la comunicación telefónica, que de manera voluntaria entrega una de las partes, porque pretende que renuncie a un derecho humano como es su derecho a la privacidad.

Podemos señalar que las intervenciones telefónicas deben de cumplir con los principios siguientes para justificar su intervención en la vida privada, en la intimidad y la libertad de comunicaciones telefónicas. Estos principios han sido objeto de una elaboración jurisprudencial de los tribunales de

⁷ Berger, Vincent. *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droit de L'Homme*, 5 edición. SIREY. Francia. 1996. 645 pp.

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

España, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 18 de junio de 1992, de 25 de junio de 1993, 20 de mayo y 12 de septiembre 1994, 20 diciembre 1996, 2 diciembre 1997, de 4 de julio de 2003 y de 19 y 29 de abril de 2004, respectivamente, entre otras muchas) las cuales han detallado los principios elementales de la intervenciones telefónicas que han de concurrir para la legitimidad y validez de las intervenciones telefónicas:

1. **Principio de exclusividad jurisdiccional**, esto es que solamente la autoridad jurisdiccional, tiene la competencia para intervenir las comunicaciones telefónicas.
2. **Principio de exclusividad probatoria** de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y el descubrimiento de sus autores.
3. **Principio de excepcionalidad**, pues la medida solo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.
4. **Principio de limitación temporal** de la utilización de la medida. La Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza (artículo 579.3º) períodos trimestrales individuales, posibilitando la concesión de prórrogas por periodos iguales. Esta concesión de prórrogas no significa que el Juez pueda mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo por el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría

desproporcionada e ilegal (Sentencias del Tribunal Supremo 956/1994, de 9 de mayo, núm. 467/1998, de 3 de abril, y núm. 622/1998, de 11 de mayo). Aun más, en el caso de que se acuerde la prórroga de la intervención, ha de hacerse mediante resolución motivada, sin posibilidad de remitirse a la fundamentación expresada en el acuerdo inicial de la medida, evitando así prórrogas indiscriminadas (Sentencias del Tribunal Constitucional 181/1995, 49 y 171/99, y del Tribunal Supremo 121/1998, de 7 de febrero). El Fiscal deberá vigilar que la medida de intervención de las comunicaciones no sobrepase el plazo de tiempo fijado en el auto en el que inicialmente se autorizó o en el que se decretó su prórroga, lo cual exige por su parte un control efectivo de las intervenciones acordadas por el Juez de instrucción, cerciorándose del cese de la medida una vez vencido el plazo, pudiendo instar, en su caso, una prórroga de la misma.

5. **Principio de especialidad** del hecho delictivo, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos. Cierto es que en el Derecho comparado (**sistemas norteamericano –Omnibus Crimen Control Act, de 1968-, inglés –Interception of Communication Act, de 1985-, portugués –Código de Proceso Penal, decreto-ley 78/1987, de 17 de febrero, artículo 187-, italiano –Código de Procedimiento Penal de 1988, artículo 266- y alemán –Ley de 13 de agosto de 1968, sobre limitación del secreto postal, epistolar y telefónico-**)

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

se especifica en la norma los delitos por los que se pueden adoptar medidas que afecten a los derechos fundamentales. Tales sistemas son más detallistas que el nuestro, en el que, por el contrario, no existe tal referencia, debiendo ser el propio Juez instructor el obligado a realizar la ponderación caso por caso, teniendo en cuenta la doctrina judicial, y señalar con carácter general las pautas que se deben seguir.

La medida sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurren y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida. En el caso de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2006 se trataba de la investigación de un hechos verdaderamente graves, cuales eran las actividades de un individuo relacionado con grupos u organizaciones que prestaban cobertura, apoyo o financiación a organizaciones terroristas, que exigía su investigación judicial y no existían otro medio idóneo para la averiguación de los hechos denunciados.

6. **Principio de limitación subjetiva.** *La medida recaerá únicamente sobre los teléfonos fijos o móviles de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales. En el caso de intervención telefónica, habrán de especificarse el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de*

ser intervenidas/observadas (Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992).

Respecto a las personas cuyas comunicaciones pueden ser intervenidas, si bien el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus párrafos 1º y 2º, señala al procesado, no cabe duda de que este término no puede entenderse exclusivamente en el sentido de la persona contra la que se ha dictado auto de procesamiento ex artículo 384, sino que hay que hacerlo extensivo a aquellas otras que ostentan la cualidad de imputadas o inculpadas en los procedimientos distintos al del sumario. Por otra parte, el párrafo 3º es más genérico al permitir que la medida afecte a personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, aun cuando no ostenten el carácter de procesadas o inculpadas.

En el caso de las intervenciones telefónicas, está plenamente admitida la posibilidad de que éstas recaigan sobre aparatos cuyos titulares sean terceras personas y no el presunto delincuente, siempre y cuando éste los utilice para sus comunicaciones; así la Sentencia del Tribunal Supremo 606/1994, de 18 de marzo, admitió la intervención del teléfono de la persona con la que convivía el presunto delincuente. También es factible la intervención de un teléfono público, como en el caso de la Sentencia 787/1994, de 18 de abril, y en el de la 467/1998, de 3 de abril, en el que se trataba del teléfono de un establecimiento abierto al público, por ser el usualmente utilizado por el administrador y los empleados sobre los

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

que recaían los indicios racionales de criminalidad.

7. **Principio de limitación objetiva.** La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia y de cómo llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el Juez estime conveniente (Sentencia del **Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2005**) Debe haber, por tanto, un juicio de ponderación de la medida restrictiva del derecho fundamental cuya restricción se autoriza.

La jurisprudencia se mantiene constante e invariada, siendo interesante citar la Sentencia del Tribunal Supremo 533/1999, de 29 marzo, que, al referirse a las exigencias necesarias para que pueda reconocerse la legitimidad y validez de las intervenciones, requiere la existencia previa de indicios racionales de la comisión de un delito o, por decirlo más propiamente, para su descubrimiento, pues está se desarrolla en un momento anterior a su constatación (juicio oral), es decir, en la fase de presunción (evidentemente no puede exigirse la certeza en la comisión del delito o de la intervención de persona concreta pues, en tal caso, la medida sería superflua y por tanto desproporcionada para la investigación de algo de lo que ya se tiene evidencia). En esta situación lo relevante son las noticias facilitadas por

la policía judicial solicitante de la intervención al Juez autorizante, quien - como es natural- si no estima de suficiente competencia los datos facilitados puede y debe solicitar la correspondiente ampliación de los motivos. Si por el límite superior los datos facilitados por la policía como soporte de su petición no son certezas ni tampoco indicios en el sentido que tiene este término a efectos del auto de procesamiento, por el límite inferior tales datos tampoco pueden quedar degradados a meras conjeturas o suposiciones sin el menor soporte objetivo en sede policial.

El Tribunal Supremo afirma que, toda vez que la solicitud es para corroborar la certeza de los indicios o sospechas racionales del delito que se investiga, debe hacerse hincapié en las razones de la solicitud (también sentencias 579/98, de 22 abril; 102/98, de 23 febrero; y 622/98, de 11 mayo), que se refieren a que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, refiriéndose la Sentencia 232/98, de 20 febrero, a que exista una línea de investigación sobre la comisión de hechos delictivos, así como a la existencia de datos objetivos, serios y contrastados en los escritos de solicitud de la intervención. En definitiva, en los términos de la Sentencia 1357/98, de 10 noviembre, como consecuencia del principio de proporcionalidad que debe ponerse en relación con la gravedad del delito investigado, ello comporta la exigencia de un cierto nivel de seriedad y fundamento en la noticia del delito que la policía transmite a la autoridad

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

judicial cuando solicita de ella permiso para la investigación telefónica.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2006 se afirma que, si bien es cierto que en el oficio policial solicitante de la medida se alude genéricamente a investigaciones que se están realizando con relación al entramado de personas, grupos u organizaciones que prestan cobertura, apoyan o financian a organizaciones islamistas radicales presuntamente vinculadas o relacionadas con grupos terroristas fundamentalistas árabes, entre los que se encuentra Al Qaeda, dándose algunos datos y circunstancias del acusado, lo cierto es que, habiendo tales indicios (policiales) se solicita, precisamente, autorización judicial para ampliar la investigación con intervenciones telefónicas bajo control judicial, (ya que, aunque con) tal investigación no se probase la financiación de tales actividades terroristas, (...) no es suficiente para determinar la falsedad de tal petición policial y consiguiente nulidad del auto habilitante al haber inducido a engaño al Instructor habilitante de la medida; antes al contrario, el nivel de vida llevado por el acusado, sus ingentes recursos económicos y la ausencia de trabajo reconocido a ello conducía (a tales suposiciones)¹. En suma, existían sospechas e indicios policiales que fueron considerados suficientes por el Instructor para acordar la ingerencia en el derecho fundamental del acusado al secreto de las comunicaciones; y tal decisión no puede estimarse como arbitraria ni contraria a la Ley.

8. **Principio de procedibilidad.** *La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe sea la intervención de las comunicaciones la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones de carácter previo a la iniciación de éste. En ocasiones la intervención se ha acordado en las llamadas Diligencias indeterminadas, irregularidad procesal que el Tribunal Supremo entiende que no afecta a la validez de la medida, al no producir indefensión (Sentencias del Tribunal Supremo 20/1996, de 28 de marzo, y 467/1998, de 3 de abril), pues lo esencial y decisivo es que haya una motivación suficiente que justifique la medida adoptada por Juez competente. Por su parte, también el Tribunal Constitucional afirma en su Sentencia 49/1999 que la garantía jurisdiccional queda satisfecha cuando las de por sí discutibles diligencias indeterminadas se unen sin solución de continuidad al proceso judicial incoado en averiguación del delito.*
9. **Principio de fundamentación.** *Este principio tiene su origen en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución. Éste es un derecho complejo que incluye - entre otros- la libertad de acceso a los jueces y tribunales y el derecho a obtener una resolución con motivación suficiente sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Dentro de este derecho constitucional debe comprenderse, por tanto, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de los jueces y tribunales, y exige que las resoluciones expliciten de*

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

forma suficiente las razones fácticas y jurídicas de lo que acuerdan, esto es, que estén motivadas de forma bastante, lo que además está prescrito por el artículo 120.3 del mismo, habiéndose elaborado una extensa doctrina jurisprudencial fijadora de los requisitos y alcance de la motivación que tiene por finalidad poner de manifiesto el proceso lógico jurídico que ha conducido al fallo. Vid., por todos, las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/1996, de 25 marzo, y del Tribunal Supremo de 30 diciembre de 1996, 5 mayo de 1997 y 26 enero de 1998².

La fundamentación de la medida tiene que ser entendido en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación.

Desde el primer punto de vista, es exigible que exista una proporción entre la intromisión que esa clase de prueba supone en la intimidad de una persona y la finalidad que se busca con ella (Sentencias del Tribunal Constitucional 7/ 1994, de 17 enero, y del Tribunal Supremo de 26 febrero 2000). Proporcionalidad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asentado en la satisfacción de una necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida, y que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1993 matiza en el sentido de que ha de valorarse poniendo el acento no sólo en la gravedad de la pena fijada al delito investigado, sino también en la trascendencia social del tipo.

El deber judicial de motivar las sentencias y demás resoluciones es una garantía esencial del justiciable, directamente vinculada con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que entronca simultáneamente con el sistema de recursos establecido por la ley, a fin de que los Tribunales superiores puedan conocer las razones que han tenido los inferiores para dictar las resoluciones sometidas a la censura, con el sometimiento de los jueces al imperio de la ley que proclama el artículo 117.1 de la Constitución y con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos garantizada por el artículo 9.3 del mismo. Igualmente, no debe olvidarse que también es jurisprudencia (vid., por todos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero de 1998) que la conexión entre los artículos 24.1 y 120.3 del texto constitucional no impone una especial estructura en el desarrollo de los razonamientos y que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación. La motivación pone en evidencia si la adopción de tal medida guarda proporcionalidad con el fin perseguido: se trata de un simple juicio de proporciones entre el sacrificio del derecho y el fin investigador que se pretende con su adopción: debe, pues, el Juez ponderar la adopción –o no- de la medida; esto es, sólo en el caso de que no existan otros medios alternativos podrá adoptarla (necesidad) y descartarla cuando sea previsible su escaso éxito (utilidad e idoneidad). Que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

halle suficientemente motivada exige del Juez una explicación razonada y razonable de acuerdo con la ley y los principios constitucionales y en la cual encontraran lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte. La citada jurisprudencia –como no podría ser de otra manera- es conforme a la doctrina constitucional. Así éste, en la Sentencia 116/1998, de 6 febrero 1998, recuerda la trascendencia que tiene la motivación de las resoluciones judiciales (no sólo de las sentencias) en la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, aludiendo a los casos en que se exige lo que se denomina necesidad de una fundamentación específica y reforzada; se afirma que deben tenerse en cuenta los varios supuestos en los que este Tribunal ha venido exigiendo un específico, y reforzado, deber de motivar las resoluciones judiciales, en tanto que exigencia directamente derivada de la Constitución. Tal cosa ocurre cuando se ven afectados otros derechos fundamentales (Sentencias del Tribunal Constitucional 86/ 1995, 128/ 1995, 62/ 96, 170/ 1996, 175/ 1997 ó 200/ 1997); cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en especial a la luz de pruebas indiciarias (Sentencias 174/ 1985, 175/ 1985, 160/ 1988, 76/ 1990, 134/ 1996 y 24/ 1997); cuando se atañe de alguna manera a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (Sentencias 81/1997 y 2/ 1997); o, en fin, cuando el Juez se aparta de sus precedentes (Sentencias 100/ 1993 y 14/ 1999).

Igualmente –debe recordarse- es admisible la fundamentación por remisión al oficio policial solicitante de tal medida. Así, en las autorizaciones judiciales admitiendo las intervenciones telefónicas, la motivación fáctica tiene un carácter muy relativo, dado el momento procesal en que se producen, en el cual, y en pura lógica, sólo existen sospechas -eso sí, fundadas- de que se está cometiendo un delito o se está tramando su comisión, de ahí que sean los investigadores iniciales -los policías- los que mejor conozcan la necesidad de utilizar unos determinados mecanismos, dentro de lo permitido por la ley, para llevar a buen puerto esas investigaciones y convertir las meras sospechas en realidades inculpatorias. Por eso, el Juez que recibe la solicitud de intervenir un teléfono, después de examinarla detenidamente en su alcance, y en uso de su competencia, puede aceptarla o rechazarla, y si la acepta no tiene por qué repetir en su resolución todos los razonamientos fácticos que los agentes policiales, como solicitantes, ya le han expuesto por escrito, bastando que se remita genéricamente a ellos y darlos por reproducidos, pues tampoco cabe olvidar que unos y otros, el escrito de petición y la resolución judicial, han de quedar juntos, unidos a los autos de que traen causa. No se trata, por supuesto, de que se aporten pruebas determinantes de la comisión del delito investigado, que de existir podrían incluso hacer innecesaria la práctica de la diligencia que se interesa, sino de aseveraciones fácticas que puedan ser valoradas por el Juez para determinar la

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

razonabilidad y proporción de la medida solicitada, lo que, obviamente, no se cumple con la mera manifestación formulada por los funcionarios policiales acerca de la trama delictual (vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 noviembre y 30 septiembre 1998, y 5 de junio y 21 de julio 2003). Es necesaria la relación de hechos para que el Instructor pueda valorar la razonabilidad y proporción de la medida solicitada³.

10. Principio de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

Toda intervención telefónica conlleva una injerencia en el ámbito del secreto de las comunicaciones y de la intimidad personal, por lo que el control judicial de la medida no puede limitarse al momento en que ésta se ordena, sino que tiene que mantenerse durante todo su desarrollo (Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1996, 121/1998, 49 y 171/1999); es más, este control ha de ser especialmente riguroso en garantía de los derechos constitucionales, ya que, al desconocer el afectado la medida adoptada contra él, mientras ésta se está ejecutando, carece de la posibilidad de impugnación. En la resolución del Tribunal Supremo de 26 febrero 2000, en relación con este principio, se señalaba que si bien el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar, ha de garantizarse sus derechos futuros, por lo que aquél (el control judicial) debe ser riguroso.

El control judicial se concreta en una doble exigencia. Por una parte, los

agentes que estén realizando la intervención deben dar cuenta al Juez de cualquier incidencia acaecida durante la aplicación de la medida, lo cual es especialmente importante en el caso de los hallazgos casuales, a los que más adelante se harán referencia. Y, por otra parte, los autos judiciales habilitantes deben establecer los mecanismos de control convenientes y adecuados, tanto respecto del tiempo de duración de la medida (un mes), como a la forma de realización (grabación íntegra de todas las llamadas, remisión de las cintas originales, transcripción mecanográfica, disposición de las mismas a todas las partes constituidas en el procedimiento, y reseña de la fecha de su realización y del funcionario policial que la practicó).

Hay que insistir en la importancia de que los agentes que practican la intervención remitan al Juez los originales de la totalidad de las cintas grabadas, sin que les esté permitido seleccionar o desechar determinadas conversaciones, bajo el pretexto de su inutilidad para la investigación, ya que ello, con las consecuentes sospechas de adulteración, podría acarrear la nulidad de la prueba. Sobre este punto el Tribunal Supremo, en el Auto de 18 de junio de 1992, se muestra tajante: el hecho de que las cintas entregadas al Juzgado no sean los originales, sino copias, y, a su vez, éstas representen una selección verificada por la policía, sin control judicial alguno, es una grave violación del sistema (...); actuando así, el Juez no puede captar con plenitud de conocimiento el significado del conjunto

Intervenciones en las Comunicaciones Telefónicas y Derechos Fundamentales

*de las conversaciones, muchas veces en
relación de interdependencia.*

En conclusión, la presente reforma constitucional al sistema de justicia procesal penal constituye avances y retrocesos, esperemos que ahora en su aplicación se alcancen los objetivos del Estado de derecho de protección de los derechos humanos; y que los recursos humanos, económicos y las disposiciones que reglamenten la presente reforma, permita alcanzar una verdadera justicia pronta y efectiva.