

Paola Casabianca Zuleta

LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL SISTEMA PENAL



PRÓLOGO

JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN
Magistrado del Tribunal Supremo

JYB
BOSCH EDITOR

La obra es una aproximación crítica de la regulación de las interceptaciones telefónicas de la LO 13/2015, de 5 de octubre, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y analiza el tratamiento que debe darse a sus resultados dentro del juicio.

Para lograr este objetivo, el punto de partida del trabajo consistió en señalar lo que debe entenderse por interceptaciones telefónicas, y para ello, se extractaron las características que, según la jurisprudencia y la doctrina, le son propias y exclusivas, y que por tanto, las separan de otros medios de investigación, que también puedan interferir en los derechos fundamentales garantizados en el art. 18 CE, consistir en actividades de escucha o inspeccionar el contenido del aparato telefónico.

De esta forma, junto al estudio de las escuchas telefónicas reguladas en la LECR, se examinan otros medios de investigación criminal y las interceptaciones telefónicas que se practican conforme a otras disciplinas del derecho.

PAOLA CASABIANCA ZULETA

LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL SISTEMA PENAL

PRÓLOGO

JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

2016



BOSCH EDITOR

© MAYO 2016 PAOLA CASABIANCA ZULETA

© MAYO 2016



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-944790-0-7

ISBN digital: 978-84-944790-1-4

D.L.: B9217-2016

Diseño de portada: Black Concepts

<https://blakjack713.carbonmade.com>

contactblackconcepts@gmail.com

Diseño interior y maquetación: Cristina Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Agradecimientos.....	17
Abreviaturas.....	19
Prólogo	23
Introducción.....	27

CAPÍTULO PRIMERO

El derecho al secreto de las comunicaciones y otros derechos fundamentales relacionados con las intervenciones telefónicas..	31
1. Planteamiento general.....	31
2. Seguridad ciudadana y garantías en el Estado de Derecho	35
3. Principales definiciones de intervenciones telefónicas.....	38
4. Características generales de las intervenciones telefónicas .	44
5. Derechos fundamentales relacionados con las intervenciones telefónicas	46
5.1. Suspensión general e individual de los derechos fundamentales.....	51
5.2. Límites de los derechos fundamentales	52
5.3. Derechos fundamentales del art. 18 CE relacionados con las intervenciones telefónicas	54
5.3.1. Derecho del secreto de las comunicaciones	60
5.3.1.1. Concepto	62
5.3.1.2. Surgimiento y protección normativa...	66
5.3.1.3. Titulares activos y pasivos.....	69
5.3.2. El derecho a la intimidad personal y familiar ..	75

5.3.2.1. Concepto	75
5.3.2.2. Surgimiento y protección normativa...	81
5.3.2.3. Titulares activos y pasivos	82
5.3.3. Derecho a la protección de datos de carácter personal.....	85
5.3.3.1. Concepto	85
5.3.3.2. Surgimiento y protección normativa...	87
5.3.3.3. Titulares activos y pasivos	90
5.3.4. Relación entre estos derechos en torno a las intervenciones telefónicas.....	91
6. Bienes jurídicos tutelados vulnerados por las interceptaciones telefónicas delictivas.....	93
6.1. Descubrimiento y revelación de secretos.....	97
6.1.1. El descubrimiento y revelación de secretos respecto a las interceptaciones telefónicas.....	97
6.1.2. La potestad de vigilancia del empleador como eximente de responsabilidad.....	102
6.1.2.1. La vida personal dentro del ámbito laboral.....	104
6.1.2.2. Soluciones que ha dado la jurisprudencia al conflicto de derechos entre el trabajador y el empleador	108
6.1.3. El control parental como eximente de responsabilidad	113
6.1.4. ¿Puede el derecho a exigir fidelidad del cónyuge constituirse en una eximente de responsabilidad criminal?.....	116
6.1.5. ¿Puede el derecho a la libertad de información constituirse en una eximente de responsabilidad criminal?.....	119
6.2. De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad	120

6.3. ¿Puede alegarse haber obrado bajo error invencible en la comisión de los delitos antes señalados, cuando la regulación de las escuchas telefónicas resulta insuficiente?.....	122
--	-----

CAPÍTULO SEGUNDO

Actividades de intervención del secreto de las comunicaciones, escuchas o pesquisas sobre el teléfono que no son intervenciones telefónicas en materia criminal.....	125
1. Planteamiento general.....	125
2. Las intervenciones telefónicas suponen una injerencia en conversaciones privadas garantizadas por el secreto a las comunicaciones y, ocasionalmente, por otros derechos fundamentales	126
2.1. El secreto de las comunicaciones según las definiciones de sus componentes	127
2.1.1. Definición de comunicación.....	127
2.1.2. Definición de secreto.....	129
2.2. Actividades que no se consideran intervenciones telefónicas por no vulnerar el secreto de las comunicaciones.....	132
2.2.1. Comunicaciones que se transmiten a través de medios de difusión pública.....	132
2.2.2. Grabación de alguno de los interlocutores y escuchas telefónicas por parte de un tercero, con autorización de al menos uno de los interlocutores	134
3. Las intervenciones telefónicas son una modalidad auditiva de la técnica especial de investigación conocida como «vigilancia electrónica»	136
3.1. La vigilancia electrónica como una técnica especial de investigación	138

3.2. Actividades investigativas que difieren de la vigilancia electrónica de las comunicaciones telefónicas.....	147
3.2.1. Labores de recolección de información auditiva realizadas dentro de las actividades de inteligencia.....	148
3.2.2. Inspección de los datos que se encuentran en el teléfono incautado.....	152
3.2.3. Obtención de un número de abonado telefónico, del IMEI o del IMSI.....	155
3.2.3.1 Obtención del número del abonado telefónico.....	156
3.2.3.2. Obtención de los números de IMEI y de IMSI.....	156
3.2.4. Averiguación del listado telefónico.....	158
3.2.5. Examen de la cinta del contestador encontrada durante la diligencia de registro a un inmueble.	159
3.2.6. Escucha directa de conversaciones telefónicas.....	160
4. Las intervenciones telefónicas suponen la transmisión del habla a través del aparato telefónico.....	162
4.1. Concepto y evolución del teléfono.....	164
4.2. Posición de la jurisprudencia española respecto del concepto del teléfono.....	166
4.3. La consecuente exclusión de las comunicaciones orales directas.....	168
4.3.1. Tesis sobre la existencia de una regulación de las intervenciones de comunicaciones orales directas antes de la aprobación de la LO 13/2015.....	169
4.3.2. Tesis sobre la inexistencia de regulación de las intervenciones de comunicaciones orales directas en el anterior art. 579 LECR.....	171
4.3.3. Tratamiento de las intervenciones orales directas antes de la expedición de la LO 13/2015...	172

4.3.4. Tratamiento de las intervenciones de comunicaciones orales directas en la LO 13/2015	173
4.4. La exclusión de los mensajes de texto (SMS) y orales que se transmiten a través del teléfono	173
5. Las intervenciones telefónicas reguladas en la legislación procesal penal y con destino al enjuiciamiento penal	177
5.1. Fuentes del Derecho Procesal penal	181
5.2. Características propias del Derecho Procesal penal que inciden en la regulación de las escuchas telefónicas	184
5.3. Intervenciones telefónicas lícitas pero al margen de la legislación procesal penal	185
5.3.1. La intervención de las comunicaciones telefónicas de los servicios de inteligencia	188
5.3.1.1. Reglamentación de las escuchas telefónicas de los servicios de inteligencia ...	189
5.3.2. La intervención de las comunicaciones telefónicas de los que se encuentran privados de la libertad	190
5.3.2.1. Restricciones propias del régimen penitenciario	192
5.3.2.2. Restricciones de la LECR	192
5.3.2.3. Restricciones competencia del Director del establecimiento penitenciario ..	193
5.3.2.4. Restricciones en casos de terrorismo...	195
5.3.3. Intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal militar	200
5.3.3.1. Marco de aplicación de la Ley Militar	200
5.3.3.2. Regulación de las escuchas telefónicas en el proceso penal militar	201
5.4. Comparación entre las intervenciones telefónicas que se producen dentro de la investigación criminal y las de los otras legislaciones	203

CAPÍTULO TERCERO

Régimen jurídico de las escuchas telefónicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	205
1. Planteamiento general.....	205
2. Las intervenciones telefónicas en España hasta la aprobación de la LO 13/2015 que modificó la LECR.....	212
2.1. Situación anterior a que se adoptaran las intervenciones telefónicas por primera vez en la LECR.....	212
2.2. Introducción de las escuchas telefónicas por la LO 4/1988	216
2.2.1. Confusa relación entre los numerales 2 y 3 del derogado art. 579 LECR.....	216
2.2.2. Enunciación de los vacíos del derogado art. 579 LECR de acuerdo al TEDH.....	218
2.2.3. Casos adelantados en el TEDH contra España durante este período.....	220
2.2.3.1. Caso Valenzuela Contreras contra España	221
2.2.3.2. Caso Prado Bugallo contra España.....	222
2.2.3.3. Caso Abdulkadir Corban contra España	223
3. Reglamentación de las intervenciones telefónicas ordinarias en España a partir de la aprobación de la LO 13/2015, de 5 de octubre.....	224
3.1. Previsión legal de la injerencia	226
3.1.1. Existencia de una base de Derecho interno.....	226
3.1.2. Calidad de ley	227
3.1.3. Finalidad constitucional legítima: que la injerencia sea necesaria en una sociedad democrática	228
3.2. Reserva judicial.....	231
3.2.1. Delitos por los cuales se procede	233
3.2.2. Necesaria existencia de un proceso penal	235

3.2.3. Principios rectores de la interceptación telefónica.....	236
3.2.3.1. Principio de excepcionalidad.....	236
3.2.3.2. Principio de especialidad	237
3.2.3.3. Principio de idoneidad.....	238
3.2.3.4. Principio de necesidad	239
3.2.3.5. Principio de proporcionalidad.....	240
3.2.4. Contenido de la primera solicitud de intervención telefónica elevada al órgano judicial	242
3.2.5. Contenido de la solicitud de prórroga de la medida	252
3.2.6. Contenido de la autorización de la primera interceptación telefónica.....	253
3.2.6.1. Motivación de la resolución que ordena la interceptación telefónica.....	254
3.2.6.2. Extremos de la autorización.....	256
3.2.7. Contenido de la autorización de la prórroga de la medida.....	259
3.2.8. El sigilo de las intervenciones telefónicas y el secreto del sumario.....	261
3.3. Desarrollo de la intervención telefónica.....	261
3.3.1. Control judicial durante esta etapa.....	261
3.3.2. Las obligaciones de los operadores telefónicos	264
3.3.3. Escuchas en un idioma diferente a las lenguas oficiales españolas.....	264
3.3.4. Nuevos hallazgos.....	266
3.3.5. Intervenciones telefónicas en el extranjero	269
3.3.5.1. Aspectos generales de la cooperación internacional en materia penal.....	269
3.3.5.2. La cooperación internacional y las intervenciones telefónicas	271

3.4.	Protocolo de incorporación al proceso de los resultados de las escuchas telefónicas	273
3.4.1.	Entrega del material por la Policía Judicial	274
3.4.2.	Selección de las piezas relevantes	275
3.4.3.	Transcripción de las comunicaciones.....	277
3.4.4.	Acceso de las partes al resultado de las intervenciones telefónicas	278
3.4.5.	Práctica de los resultados de las intervenciones telefónicas como prueba en el juicio.....	280
3.4.6.	Destino final del material que recoge los resultados de la intervención telefónica	281
4.	Procedimiento de intervención de comunicaciones en caso de urgencia.....	282

CAPÍTULO CUARTO

	Valor probatorio de las intervenciones telefónicas lícitas	287
1.	Planteamiento general.....	287
2.	La prueba ilícita en el art. 11.1 LOPJ y en la jurisprudencia.....	288
2.1.	Alcance de la expresión «no surtirán efecto».....	292
2.2.	Alcance de la expresión «las pruebas obtenidas».....	294
2.3.	Alcance de la expresión «directa o indirectamente» ..	295
2.3.1.	Teoría de los frutos del árbol envenenado	295
2.3.2.	Criterios restrictivos de la teoría de los frutos del árbol envenenado.....	296
2.3.2.1.	Excepción de la prueba jurídicamente independiente	297
2.3.2.2.	La excepción del descubrimiento inevitable.....	299
2.3.2.3.	La excepción del hallazgo casual.....	301
2.3.2.4.	La excepción de la buena fe	303

2.3.2.5. La excepción de la conexión de antijuridicidad.....	304
2.4. Alcance de la expresión «violentando».....	308
2.5. Alcance de la expresión «derechos fundamentales» ..	308
2.6. Diferencia entre ‘prueba ilícita’ y ‘prueba irregular’....	310
2.7. Tratamiento procesal de la ilicitud de la prueba.....	312
3. Valor del resultado de las escuchas lícitas	314
3.1. El resultado de las escuchas como medios de convicción.....	315
3.2. Resultados de las intervenciones telefónicas como fuente de medio de prueba	316
3.2.1. Las escuchas telefónicas como prueba documental	317
3.2.1.1. Definición del documento	318
3.2.1.2. Elementos del documento	320
3.2.1.3. Documentos públicos y documentos privados	322
3.2.1.4. Las intervenciones telefónicas y la prueba documental. ¿Pueden considerarse las escuchas telefónicas como documentos?	322
3.2.2. Las escuchas telefónicas y los indicios.....	328
3.2.2.1. Definición de indicio	328
3.2.2.2. Elementos del indicio	332
3.2.2.3. Reglas en la apreciación del indicio	341
3.2.2.4. Relación entre las intervenciones telefónicas y los indicios	343
3.2.3. Errónea confusión entre la confesión y el testimonio con el contenido de las escuchas telefónicas, donde el investigado ha admitido la comisión de un delito o un tercero da fe de algo.	345

3.2.4. Las intervenciones telefónicas y la prueba pericial de voz.....	348
3.2.4.1. Definición de la pericia.....	349
3.2.4.2. Peritaje de voz.....	352
3.2.4.3. ¿Es indispensable el peritaje de voz en los casos de intervenciones telefónicas?	354
3.2.5. Presentación de los resultados de las intervenciones telefónicas y de los actos de investigación que se le relacionan para efectos de establecer su licitud y validar su aptitud probatoria	357
Conclusiones	361
Bibliografía	371
Anexo	
Listado de resoluciones judiciales	387

Prólogo

La intervención de las comunicaciones constituye en la actualidad una de las herramientas esenciales para la persecución de gran parte de los delitos de máxima gravedad que hoy se cometen, esencialmente aquellos producidos en el seno, o mediante, organizaciones criminales así como en el ámbito de las redes telemáticas.

Las facilidades que ofrece a los comportamientos delictivos el espectacular desarrollo de los medios comunicativos, utilizados como cauce o instrumento para la ilícita actividad, se corresponde a su vez con la utilidad que esos mismos medios reportan a la tarea de los investigadores.

Pero no debe olvidarse que la intromisión en el proceso comunicativo supone siempre una injerencia en el ámbito íntimo del comunicante de la mayor gravedad, que merece sin duda la aplicación de estrictas garantías.

En nuestro ordenamiento, el secreto de las comunicaciones se configura como derecho fundamental, en el artículo 18.3 de la Constitución de 1978, dentro del haz de derechos referentes a diversos aspectos incursos en la genérica intimidad, con la principal característica especial de disfrutar del más alto grado de protección jurídica.

En efecto, en tanto que el Estado debe garantizar al ciudadano su intimidad y protegerla, lo cual no significa más que una necesaria atención por la misma que, no obstante, puede ser restringida por medio de disposiciones legales como la Ley de Seguridad ciudadana, cuando regula las distintas formas de «cacheos», registros, etc. (art. 18.1 CE) y, a su vez, la inviolabilidad domiciliaria tan sólo admite ser vulnerada mediante la correspondiente autorización judicial, pero ofrece no obstante dos excepciones a ese régimen como son la del consentimiento expreso del morador o la situación de delito flagrante (art. 18.2 CE), en el caso del artículo 18.3, la intervención de las comunicaciones, sólo puede practicarse una diligencia

de esta clase exclusivamente mediando autorización y control judicial, para todos los casos y sin posible excepción de clase alguna.

Y ello es así por razones obvias, toda vez que en una intervención de las comunicaciones, entre las que por otra parte hoy ocupa aún un lugar destacado las telefónicas, sin olvidar la creciente presencia de las telemáticas y una vez postergadas por la evolución de los tiempos las postales y telegráficas, la situación de indefensión del sometido a la misma, como es obligado y lógico ignorante de su práctica, es absoluta, por lo que requiere en todo caso la necesaria intervención judicial, autorizando y controlando su desarrollo, para preservar el respeto a las garantías necesarias.

Además, el alcance de este medio de investigación que no permite discriminar los contenidos, desvelando intimidades del investigado tanto relacionadas con su posible actividad delictiva como con el resto de sus circunstancias personales e incluso su extensión a terceros comunicantes por completo ajenos a los hechos investigados, es algo que ahonda todavía más en la importancia y gravedad de estas cuestiones, requiriendo un altísimo grado de exigencias.

Tal es precisamente la razón por la cual ésta materia se encuentra tan frecuentemente vinculada con supuestos de declaración de nulidades probatorias que, puestas en relación con la aplicación de la denominada doctrina de «los frutos del árbol envenenado» y su proyección de efectos anulatorios sobre los ulteriores elementos derivados de la información así obtenida, ocasionan gravísimos estragos procesales en actuaciones dirigidas a la sanción de los más importantes delitos, frustrando las expectativas de su adecuado castigo.

A todo lo anterior ha de agregarse, en el nuevo escenario de la práctica de tales diligencias, la moderna incorporación de sistemas, como el muy conocido SITEL, que facilitan extraordinariamente la tarea de los investigadores, permitiendo abarcar un número de intervenciones que antaño era imposible alcanzar mediante el tradicional, y casi artesano, procedimiento del «pinchazo» de la comunicación. Pero facilidad que, a la vez, ha de ponernos en alerta por la excesiva extensión que su uso, tan sencillo y eficaz, pudiera propiciar.

Y no se agota el interés jurídico del secreto de las comunicaciones en su vertiente de herramienta para el descubrimiento y represión de ciertos

fenómenos delictivos generalmente complejos, sino que, como bien jurídico de la más importante significación, da lugar así mismo, junto con otros aspectos relativos al derecho a la intimidad, a la presencia de tipos delictivos, tanto cometidos por particulares como, en la forma de delitos especiales propios, aquellos que hacen referencia a la actuación de autoridades y funcionarios ilícitamente lesiva de las garantías y derechos de los ciudadanos.

Pues bien, a todas estas cuestiones de tantísimo interés jurídico, doctrinal y práctico, se refieren las páginas que siguen.

Si hubiera que describir en pocas palabras su contenido, éste vendría definido por los siguientes calificativos: exhaustivo, fundado, actual y práctico.

Se trata de una obra exhaustiva toda vez que basta con repasar su extenso índice para percibir que «no deja cabo suelto».

Desde los fundamentos y elementos descriptivos del derecho al secreto de las comunicaciones, y de manera muy especial las telefónicas, y el examen de los aspectos que integran el contenido estricto de ese derecho y los que, por extensión, han de verse también afectados, en mayor o menor grado, por su protección, hasta el análisis de las infracciones penales dirigidas a proteger semejante derecho fundamental, pasando por los principios rectores de las diligencias probatorias y los trámites de las mismas, el presente trabajo constituye una verdadera «enciclopedia» de la materia, en el sentido de agotamiento de la misma.

A ello se une la incuestionable altura dogmática de la fundamentación de ese tratamiento, a la que no es ajeno, ni mucho menos, el origen de las reflexiones que en él se contienen, que no es otro que el trabajo académico que a la autora le proporcionó el acceso al grado de Doctora con la máxima calificación posible.

Se advierte que estamos ante una obra que, más allá de su sola difusión entre los lectores, respira una voluntad de búsqueda de la excelencia por parte de quien se somete a la prueba del juicio por un Tribunal compuesto por grandes especialistas en el asunto.

Y a todo ello se une el carácter plenamente actual de los contenidos, adaptados a las recientísimas reformas que en este terreno en concreto se

han producido en nuestra legislación hace escasos meses con la publicación de la LO 13/2015, que ha venido a colmar un vacío ya insoportable en la regulación legal existente en nuestro país al respecto y que queda a la espera ahora de trabajos exegéticos como el presente, que por méritos propios ha de incluirse entre los pioneros a la hora de desbrozar los tortuosos caminos interpretativos.

Por lo dicho, por su amplitud, rigor y actualidad, la conclusión no puede ser otra que la de que nos hallamos ante una obra decididamente práctica, que habrá de servir de auxilio, sin duda, a todos los profesionales del Derecho Penal en aquellos momentos de su quehacer que precisen de una respuesta, de una orientación o de un criterio, rigurosos y fiables, en la interpretación y aplicación de las cuestiones relacionadas con las graves injerencias en el derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos.

Estamos en definitiva, a mi juicio, ante un trabajo que habrá de ser tenido como referencia entre la abundantísima bibliografía dedicada a la materia, razón por la que sinceramente he de felicitar a la autora, a quien, por supuesto, agradezco el honor que me ha dispensado al cobijar estas breves líneas mías en una obra de tanto mérito.

Madrid, Abril de 2016.

José Manuel Maza Martín
Magistrado del TS