

LOS DESCUBRIMIENTOS CASUALES EN LAS INTERVENCIONES TELEFONICAS COMO MEDIDAS COERCITIVAS EN EL PROCESO PENAL

Tomás López Fragoso

*Profesor Titular de Derecho Procesal.
Universidad de La Laguna.*



A normativa contenida principalmente en los apartados segundo, tercero y cuarto del artículo 579 LECRIM, la cual desarrolla el artículo 18.3 CE, según la redacción de la LO 4/1988, que introduce por primera vez en nuestro sistema procesal penal la posibilidad de intervenir u observar las comunicaciones personales realizadas por teléfono, con el fin de investigar determinados delitos y, en su caso, obtener fuentes de prueba para su enjuiciamiento, crea innumerables problemas prácticos por su parquedad, su oscuridad y, en determinados aspectos, su contradicción con el resto del articulado de la LECRIM. Pero, una vez cumplido por el legislador, aun sea incorrectamente, el mandato constitucional de prever legislativamente la intervención telefónica en un proceso penal, buena

parte de estos problemas pueden resolverse mediante expedientes clásicos de interpretación e integración normativa. Sin embargo, nosotros detectamos tres grandes problemas jurídicos de no fácil solución según nuestro derecho positivo actual. A saber: el problema de la prohibición de prueba o prueba obtenida ilícitamente ex artículo 11.1 LOPJ. Aquí la dificultad surge cuando la violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones personales se produce no directamente en la obtención de una fuente de prueba, por ejemplo por no haber sido autorizada la intervención telefónica por orden del órgano judicial, siendo en este caso la solución bien sencilla: no producción de ningún efecto probatorio, viniendo protegido el afectado directamente por el artículo 11.1 LOPJ con una prohibición de utilización de los resultados obtenidos, en cuanto derivada de una prohibición de adquisición de fuentes de prueba. La dificultad aparece cuando, habiéndose respetado los presupuestos esenciales para la adopción de una medida de intervención telefónica, sin embargo, en su ejecución o en la adquisición de los resultados obtenidos y en su traslación al juicio oral se infrinjan determinadas normas procesales, habiendo llevado el Tribunal Constitucional estas infracciones al ámbito del derecho de defensa, por lo que será necesario distinguir cuando la vulneración genera una prohibición de prueba por adquisición ilegítima y cuando la infracción normativa supone un quebranto del derecho de defensa del imputado y, en general, de su derecho a un proceso con todas las garantías y con igualdad de armas con las partes acusadoras.

En segundo término, se nos presenta otro problema de difícil solución, conectado con el anterior de la prueba ilícita, en lo que se conoce como efectos reflejos que la ilicitud originaria puede extender a otras diligencias de adquisición de fuentes de prueba, o incluso a otros actos de investigación, que lícitos en sí mismos, se basan, no obstante, en unos datos adquiridos ilícitamente. Efectos reflejos o frutos del árbol envenenado, como gráficamente los denomina el Derecho norteamericano, que encierran un problema de estructura lógica aparentemente sencilla, pero de solución jurídica harto compleja.

Y, en tercer lugar, y éste es el problema concreto al que deseamos prestarle una atención más detenida a continuación, aparecen los que podemos llamar descubrimiento casuales. O sea, los *Zufallsfunden* de la doctrina alemana, término —que puede traducirse como “hallazgos fortuitos” o “descubrimientos casuales”— con el que, al igual que los autores germánicos, nos referimos a los conocimientos adquiridos mediante una intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin in-

mediato de la investigación penal para la que se autoriza dicha medida, y/o que afectan —o provienen— de personas frente a las cuales no se ha ordenado dicha intervención o que no hubiera podido ordenarse frente a ellas según los presupuestos normativos objetivos y subjetivos.

El problema a resolver naturalmente radica en determinar la posible o imposible utilización de los descubrimientos adquiridos casualmente en la ejecución de una medida de intervención telefónica, y, en su caso, en el grado de utilización permitido, así como en los requisitos para hacer lícita su utilización.

La solución que nos ofrece el Derecho alemán no es trasladable a nuestro ordenamiento jurídico, dado que en la StPO (párrafo 100) se contiene un catálogo de delitos que permiten la autorización de una intervención telefónica para su investigación y posible enjuiciamiento. Y sobre este presupuesto limitador, a través del cual el legislador cumple con el principio de proporcionalidad, ponderando la limitación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones personales con el fin público de un eficaz ejercicio del *ius puniendi* estatal, resuelve la jurisprudencia y la doctrina, aunque con soluciones distintas, el problemas de los descubrimientos casuales. Así, el BGH admite la utilización de los conocimientos obtenidos fortuitamente, ya se refieran al propio imputado —o a otro participante en el hecho delictivo perseguido—, ya a terceros —tanto sujetos pasivos de la medida como a terceros no afectados por la misma—, cuando quepa afirmar una conexión de cierto grado entre el hecho descubierto casualmente y algún hecho delictivo de los catalogados en el párrafo 100 StPO, sea éste el investigado con la medida de intervención que produce el hallazgo fortuito o no. Solución jurisprudencial criticada por la doctrina, por ser demasiado amplia, proponiendo los autores alemanes soluciones mucho más limitadas: frente al imputado en el proceso en el que se produce la intervención telefónica sólo podrán utilizarse los descubrimientos casuales relativos a delitos catalogados, y frente a terceros únicamente cuando el descubrimiento casual se refiera a un hecho delictivo de los investigados con la medida de intervención telefónica que dio ocasión para su descubrimiento.

Aunque las soluciones que ofrecen la doctrina y la jurisprudencia alemanas no puedan aplicarse sin más en nuestro proceso penal, sí es posible basarse en el criterio básico y en el método utilizado. El cual consiste en descomponer el descubrimiento casual y la medida de intervención telefónica que permite su hallazgo accidental en sus elementos subjetivos y objetivos, y así, mediante el criterio de la conexión predicable entre estos elementos, afirmar la utilización o no de los descubrimientos casuales.

Antes de ello, sin embargo, debemos afirmar la conveniencia de contar en nuestro Derecho con un criterio objetivo que limite la posibilidad de acordar la intervención telefónica sólo para la persecución de determinadas infracciones penales, bien sea un catálogo expreso de delitos al modo del Derecho alemán, bien un criterio cuantitativo basado en la duración de la penal a imponer en su caso, al modo del Derecho italiano el cual combina el criterio cualitativo de delitos catalogados con el cuantitativo de las penas a imponer como límites de admisibilidad de una medida de intervención telefónica (art. 266 CPP). Precisamente, en el Derecho italiano, sobre la base de esta limitación de admisibilidad, se resuelve indirectamente el problema de los descubrimientos casuales, admitiendo excepcionalmente la utilización de los resultados obtenidos con una intervención telefónica en un proceso distinto de aquel en que fue autorizada, cuando sean indispensables para el enjuiciamiento del delito, siempre y cuando sea obligatorio para el mismo el “arresto en flagrancia”. Creemos que nuestro legislador debe cumplir con el principio de proporcionalidad, limitando los delitos para cuya investigación se permite una intervención telefónica. Con todo, en el momento presente es claro que también en nuestro ordenamiento existen límites *rationae materiae* para la admisibilidad de una medida de intervención telefónica *ex* artículo 579 LECRIM. En primer lugar, se excluyen todas las faltas, tanto por una interpretación sistemática de la LECRIM, al regularse las intervenciones telefónicas en su libro II, como por la escasa entidad de la lesión social causada por la comisión de una falta, para cuya persecución no es posible adoptar, como regla, ni siquiera la medida cautelar de la detención (art. 495 LECRIM). Además, en sentido contrario, el artículo 302.2 LECRIM impide que pueda acordarse una intervención telefónica, al menos eficazmente, para investigar delitos privados. Y, principalmente, la limitación objetiva es una exigencia del artículo 8.2 CEDH, donde se condiciona el control de las telecomunicaciones personales a la alta criminalidad, según se desprende de la Jurisprudencia del TEDH—en el caso *Klass* y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978, por ejemplo—, interpretando restrictivamente las demasiado vagas excepciones contenidas en el citado artículo, sobre la base de hacerlas girar todas ellas en relación al concepto indeterminado “de medidas necesarias en una sociedad democrática”. Y ello, sin entrar en la discusión sobre la distinción entre los apartados segundo y tercero del artículo 579 LECRIM, que, en opinión de determinados autores, al hablar el apartado segundo del procesado como sujeto pasivo de la medida, ésta únicamente podrá ordenarse en los casos de delitos graves (castigados con pena de prisión mayor o superior), mientras

que la observación telefónica de la que habla el apartado tercero sólo podrá consistir en el recuento (*comptage* o *pen register*), y no en la captación del contenido de la comunicación, siendo admisible para todo tipo de delitos.

Partiendo de esta situación de nuestro Derecho positivo, habría que estimar que, dada la deficiente regulación de esta materia, principalmente por no cumplir nuestro legislador con el principio de proporcionalidad a la hora de permitir la limitación del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones personales realizadas por teléfono, y según el método utilizado para solucionar el problema de los descubrimientos casuales en el Derecho comparado, basado éste, como vemos, en la tipificación de los delitos para los que se admite la intervención telefónica, no son utilizables en nuestro proceso penal los hallazgos fortuitos. Pero quizá esta solución sea demasiado desproporcionada por exceso, siendo posible encontrar un criterio menos estricto, aunque siempre restrictivo.

Al efecto, hemos de servirnos del criterio de la conexión, siendo lo importante determinar el grado de conexión que deba presentarse entre el hecho delictivo descubierto casualmente a través de una medida de intervención telefónica legítimamente autorizada y ejecutada y el hecho penal objeto del proceso en que se obtiene dicho descubrimiento y los sujetos.

El hecho delictivo descubierto casualmente ha de confrontarse, por lo tanto, con el delito investigado en el proceso en que se produce y con el sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica, ambos elementos contemplados según el fundamento de la medida que en su ejecución permitió adquirir casualmente el descubrimiento.

Naturalmente, la solución que se proponga para el tema que nos ocupa ha de enmarcarse en los presupuestos que el artículo 579 determina para poder autorizar legítimamente por un órgano jurisdiccional una intervención telefónica. Sintéticamente, la medida de intervención telefónica ha de ser autorizada por el Juez de instrucción competente para el conocimiento de la causa en la que se adopte dicha medida. Esta medida coercitiva tendrá que tener por sujeto pasivo, como mínimo, a una persona determinada que posea la cualidad de imputado. Todo lo cual nos deja claro que la intervención telefónica únicamente podrá ordenarse en un proceso penal en curso, en su fase de instrucción, sea un sumario o unas diligencias previas. Precisamente la autorización de la intervención telefónica ha de basarse en una sospecha fundada frente a determinada persona que posea el Juez de instrucción competente, sospecha fundada y relevante que ha de basarse en el material de hecho que se posea ya en la causa.

Además, el Juez de instrucción sólo podrá acordar la práctica de un control telefónico con el fin “de obtener... el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”, como exige expresamente el artículo 579 LECRIM. De lo que se desprende claramente que el órgano jurisdiccional deberá respetar el principio de proporcionalidad a la hora de permitir una intervención telefónica, valorando en el caso concreto la limitación del derecho fundamental del artículo 18.3 CE según la importancia que los descubrimientos que presumiblemente se pueden obtener con la medida para la eficacia de la persecución penal. Por lo tanto, habrá de apreciarse por el Juez de instrucción la necesidad de la intervención telefónica, en el sentido de poseer un carácter subsidiario, esto es, que no es posible alcanzar los mismos fines con otros medios menos gravosos para el afectado. La intervención telefónica ha de ser además congruente, mostrando su idoneidad para alcanzar el fin perseguido con ella.

Por consiguiente, el órgano jurisdiccional sólo podrá estimar la necesidad e idoneidad de la intervención telefónica en el caso concreto, valorando el material de hecho existente en la causa y teniendo en cuenta parámetros tales como el grado de imputación, la importancia del hecho delictivo investigado, la previsibilidad del éxito de la medida, todo lo cual ha de plasmar motivadamente en el auto por el que autorice a realizar una intervención telefónica. Aún más, todas estas circunstancias habrán de valorarse por el Juez en un proceso ya iniciado, según los datos que consten en él, tal y como señala el artículo 579 LECRIM, que exige que los hechos o circunstancias importantes que se pretenden descubrir o comprobar sean “de la causa”.

Estas premisas, consustanciales con la naturaleza de una medida de intervención telefónica, la cual suponiendo la limitación de un derecho fundamental exige ponderar adecuadamente el *ius libertatis* del afectado con ella con la necesidad de hacer eficaz el ejercicio del *ius puniendi*, han de ser tenidas en cuenta para resolver el problema de los descubrimientos casuales.

A la hora de aplicar los principios que informan las intervenciones telefónicas en nuestro proceso penal para resolver el problema de los descubrimientos casuales a que puedan dar lugar, hemos de tener en cuenta dos circunstancias importantes. Primera, que dichos descubrimientos se producen por una razón de hecho o técnica: la intervención telefónica impide por evidentes condicionamientos técnicos separar el control que se realiza de las conversaciones telefónicas que tienen por objeto datos relativos a la investigación para la que se autoriza dicho control de todas las demás conversaciones que se producen en el teléfono intervenido. En segundo lugar, los co-

nocimientos adquiridos casualmente suponen, en realidad, una adquisición sin una efectiva autorización judicial, viéndose mermado, por consiguiente, el conjunto de garantías que se exigen para tal autorización, que se concretan y hacen efectivas en el momento en el Juez motiva la resolución en la que acuerda la intervención, quedando además gravemente afectado el derecho de defensa del afectado, quien difícilmente podrá controlar la legitimidad de la resolución.

Teniendo en cuenta los factores objetivos y subjetivos, y ante las distintas posibilidades y variaciones que la conjugación de ambos criterios ofrecen (hecho delictivo descubierto casualmente imputable al sujeto pasivo de la medida y distinto del investigado, hecho delictivo descubierto casualmente imputable a un tercero y distinto del investigado, descubrimiento casual relativo al mismo hecho investigado pero imputable a un tercero, etc.), hemos de concluir que, por ejemplo, sería utilizable el hallazgo fortuito imputable al mismo sujeto pasivo de la medida de intervención telefónica cuando concierna a un hecho delictivo conexo con el investigado y, por el contrario, no sería utilizable un descubrimiento casual relativo a una infracción delictiva distinta a la investigada e imputable a un tercero.

Considerando la deficiente regulación de las intervenciones telefónicas en la LECRIM, no habiendo cumplido el legislador adecuadamente con el principio de proporcionalidad a la hora de tipificar las infracciones penales que admiten una limitación del derecho fundamental del secreto de las comunicaciones telefónicas, se impone una interpretación restrictiva sobre la posible utilización de los descubrimientos casuales obtenidos en virtud de una medida de intervención telefónica legítimamente autorizada y ejecutada en un proceso penal determinado. Al efecto, la única base positiva con la que contamos la hallamos en el artículo 17 LECRIM, esto es, la regulación de los delitos conexos, siendo el grado de conexión, objetiva/subjetiva, necesario para admitir la utilización de los descubrimientos casuales el exigido por el citado precepto en sus cinco apartados para poder considerarse delitos conexos, lo que, además, según el artículo 300 LECRIM, respetaría la condición de tratarse de un mismo proceso. Incluso, desde una interpretación según un argumento analógico, habría que defender una solución aún más restrictiva. Así se deduce de los artículos 586 y 587 LECRIM, que referidos a la apertura de la correspondencia postal interceptada al procesado, exigen que la que no se relacione con la causa habrá de ser entregada en el acto al mismo. Por su parte, el artículo 34.6 de la Ley de Defensa de la Competencia (1989) dispone que si, en virtud de un registro domiciliario, se descubrieran datos o

informaciones que no estuvieran en relación directa con los fines de dicha ley, estos descubrimientos no podrán ser utilizados. Y, con carácter más general, respecto a las diligencias de entrada y registro domiciliario, una línea jurisprudencial, aun sea Jurisprudencia menor o en sentido lato, señala como los descubrimientos obtenidos que no guarden relación con los objetos buscados se encuentran amparados por el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, por lo que no serían utilizables, a no ser que mediara el consentimiento del afecto o, en su caso, una ampliación de la resolución judicial que autorizó dicha medida coercitiva (véase AP Barcelona S. 20 dic. 1989).

Hemos de precisar, por último, que por lo que respecta al grado de utilización de los descubrimientos casuales, las apreciaciones y soluciones hasta ahora presentadas se limitan a la función probatoria que puede producir una intervención telefónica. Partiendo de la consideración de las medidas de intervención telefónicas como **medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones personales, ordenadas y ejecutadas en la fase instructoria de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente frente a un imputado —u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse—, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunica o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio oral determinados elementos probatorios**, queda patente los distintos efectos que puede producir una intervención telefónica. Estos pueden consistir en efectos puramente investigadores, sean directos o indirectos, o efectos probatorios, en el sentido de adquisición de determinadas fuentes de prueba que habrán de introducirse en el juicio oral para su contradicción por las partes y valoración por el órgano jurisdiccional a través de la práctica de concretos medios de prueba (inspección ocular y/o prueba documental). En este sentido, la limitación que hemos propuesto para la posible utilización de los descubrimientos casuales se refiere a la virtualidad probatoria de la medida de intervención telefónica, y no a sus puros efectos investigadores. Esto es, los posibles efectos que puedan producir estos hallazgos fortuitos como adquisición de una *notitia criminis*, la cual podrá dar lugar al inicio de una instrucción independiente para averiguar y comprobar el conocimiento casualmente obtenido. Por lo tanto, los descubrimientos casuales adquiridos gracias a una medida de intervención telefónica legítimamente ordenada y ejecutada no podrán utilizarse como fuente de prueba —fuera de los límites de los delitos conexos— en un proceso distinto de aquel en que

se obtienen. Ello no significa que la adquisición de estos descubrimientos no pueda tener ninguna consecuencia jurídica. Podrán tenerla, pero ésta se limitará, fuera de los límites expresados, a la adquisición de una *notitia criminis* y, teniendo en cuenta que los sujetos que adquieren estos conocimientos no podrán ser otros que un Juez de instrucción o, inmediatamente, los policías ejecutantes de la medida, habrá de dar lugar, hechas las comprobaciones necesarias, a la incoación de un nuevo proceso penal mediante la apertura de un sumario o de unas diligencias previas, donde se podrá autorizar, en su caso, una nueva e independiente intervención telefónica. Esta es la opinión de la más importante doctrina alemana, la cual, frente al desmesurado entendimiento que sobre la utilización de los descubrimientos casuales realiza la Jurisprudencia del BGH, entiende que estos hallazgos casuales sobre hechos conflictivos, que no se hallan en determinado grado de conexión con el hecho investigado, sólo deberían dar lugar a la iniciación de nuevas investigaciones, dentro de las cuales, dándose sus presupuestos, cabría ordenar la práctica de nuevas intervenciones telefónicas. Solución, que por todo lo dicho, estimamos que es la que cabe defender en nuestro sistema procesal penal.

