

# El diálogo entre tribunales y el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas

(a propósito de la decisión Coban c. España del  
Tribunal Europeo de Derechos Humanos de  
25 de septiembre de 2006)

*Guillem Cano Palomares*

Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos\*

## SUMARIO

- I. HECHOS
- II. DERECHO
- III. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO POR PARTE DEL TS Y DEL TC: CONVERGENCIAS—1. *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE y la identidad entre el artículo 18.3 CE y el artículo 8 CEDH*—2. *La recepción de la doctrina del TEDH antes de la primera sentencia de condena a España*—3. *La recepción de las SSTEDH declarativas de vulneración del artículo 8 CEDH por España. Consecuencias sobre la posible inconstitucionalidad de la ley*
- IV. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE EL TC Y EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO—1. *La exigencia de la autorización judicial de la injerencia*—2. *La noción de «Ley» y el carácter autónomo de la violación del derecho fundamental por la falta de previsión legal*—3. *Las consecuencias de la violación del derecho al secreto de las comunicaciones: efectos sobre el derecho a un proceso equitativo y ejecución de las sentencias*
- V. LA CALIFICACIÓN POR PARTE DEL TEDH DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA COMO «LEY» EN SENTIDO MATERIAL A EFECTOS DEL ARTÍCULO 8.2 DEL CONVENIO
- VI. CONSIDERACIONES FINALES

---

\* Las posiciones sostenidas en este artículo sólo reflejan la reflexión personal de su autor.

## I. HECHOS

En la decisión sobre la admisibilidad objeto de este comentario el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza de nuevo la cuestión de la compatibilidad de la legislación española sobre escuchas telefónicas con las exigencias derivadas del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>1</sup>.

En septiembre de 1996, el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional ordenó la intervención de las comunicaciones telefónicas del demandante (nacional turco) por la existencia de indicios relativos a la comisión de un delito contra la salud pública (tráfico de estupefacientes), en el marco de una investigación iniciada a finales de 1995 por dicho Juzgado<sup>2</sup>. Como resultado de dicha instrucción el demandante fue juzgado por la Audiencia Nacional y condenado a una pena de diecinueve años de prisión por el delito mencionado y por un delito de falsificación de escrituras públicas. El tribunal se basó en la audición de una selección de los soportes magnéticos donde se grabaron las escuchas (conversaciones en lengua española), en las declaraciones de los inculpados, en los dictámenes periciales solicitados, así como en las pruebas materiales recogidas durante la investigación.

Contra dicha sentencia el demandante interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que, por sentencia de 18 de julio de 2000, confirmó la sentencia de la Audiencia Nacional. Al examinar la regularidad de las escuchas telefónicas, el Tribunal Supremo considera que las exigencias constitucionales de autorización judicial y de proporcionalidad han sido respetadas a la vista de la delimitación subjetiva de la decisión judicial y de la gravedad del delito, tráfico de estupefacientes. En lo que se refiere a la ejecución de las intervenciones, el Tribunal advierte que la prueba fue constituida por la audición en el juicio oral de las cintas originales que contenían

<sup>1</sup> *Abdulkadir Coban c. España* (dec), núm. 17060/02, de 25 de septiembre de 2006.

<sup>2</sup> De acuerdo con el artículo 579.3 de la LECrim tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo de 1988, «(...) 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». El artículo 8 CEDH: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros».

las conversaciones grabadas, y que, además, el secretario judicial había procedido a cotejar las transcripciones de las mismas. Al examinar el motivo de la selección de las conversaciones incorporadas, el TS recuerda que cada una de las partes podía solicitar la audición en el juicio oral de los fragmentos que estimare pertinentes. Finalmente, en cuanto a la denegación de la solicitud del demandante de que se realizara una prueba pericial sobre la identificación de las voces grabadas, el alto Tribunal estima que ello no era necesario pues se había procedido a la audición de las mismas de acuerdo con el principio de inmediación.

El demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue rechazado por una decisión de 25 de febrero de 2002. En lo que se refiere a las quejas relativas a la transcripción, ausencia de interpretación jurada (conversaciones grabadas en árabe), y selección del resultado de las intervenciones sin la participación del secretario judicial, el TC señala que las garantías relativas a la entrega y selección de las cintas originales, su custodia y la transcripción de su contenido no forman parte del contenido esencial del artículo 18.3 de la Constitución, que consagra el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 202/2001 de 15 de octubre)<sup>3</sup>. Ello sin perjuicio de que la insuficiencia de las garantías relativas a la incorporación a las actuaciones del resultado de intervenciones constitucionalmente legítimas pueda tener consecuencias a efectos del principio de contradicción y defensa, así como de la presunción de inocencia. No obstante, dicha insuficiencia no puede ser decisiva en el caso presente ya que cuando se procede a la audición directa de las cintas originales por el órgano juzgador, la transcripción se convierte en un acto subsidiario. Así, las intervenciones telefónicas respetaron las exigencias de autorización judicial, legalidad y proporcionalidad y no constituyeron lesión alguna del artículo 18.3 de la CE.

El demandante acude al TEDH alegando la vulneración del artículo 8 CEDH que garantiza el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia, pues, en su opinión, la motivación y el control jurisdiccional de las escuchas telefónicas han sido insuficientes. Las quejas relativas a la ausencia de intérprete durante el interrogatorio policial, la ausencia de interpretación jurada ante el juez de instrucción y la incorporación del resultado de las intervenciones en el juicio así como su eficacia probatoria [artículos 6.1, 6.2 y 6.3 a) y b) del CEDH] fueron declaradas inadmisibles en una primera decisión parcial sobre la admisibilidad adoptada el 6 de mayo de 2003<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Artículo 18.3 CE: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

<sup>4</sup> En el mismo sentido, en los dos casos anteriores de escuchas telefónicas contra España, las quejas relativas al artículo 6 CEDH fueron rechazadas en la fase de admisibilidad respectivamente por la Comisión Europea de Derechos Humanos en *Valenzuela Contreras c. España* (decisión de 18 de octubre de 1996 e informe de 11 de abril de 1997) y por el Tribunal en la decisión parcial *Prado Bugallo c. España* de 6 de septiembre de 2001. En ambos casos las quejas relativas al artículo 6 CEDH fueron rechazadas como manifiestamente mal fundadas.

## II. DERECHO

El TEDH constata, en primer lugar, que la intervención de las comunicaciones telefónicas del demandante constituye una injerencia de una autoridad pública en el derecho al respeto de la «vida privada» y de la «correspondencia» reconocido en el artículo 8.1 CEDH. En segundo lugar, por lo que se refiere a la justificación de dicha injerencia a la luz del artículo 8.2 CEDH, el Tribunal analiza si la restricción del derecho está «prevista por la Ley». En este punto, aun admitiendo que dicha restricción tiene una base legal en el ordenamiento español, esto es, el artículo 579 de la LECrim, el TEDH pasa a examinar la calidad de dicha ley, cuyas condiciones son la accesibilidad y la previsibilidad para el individuo. Dado que la accesibilidad no fue objeto de debate entre las partes, el Tribunal centra todo su juicio de convencionalidad de la Ley en la exigencia de la previsibilidad de la misma, cuyo análisis abarca la casi totalidad de los fundamentos jurídicos de la decisión que nos ocupa. El Tribunal, como ocurre habitualmente cuando examina las restricciones en los derechos de los artículos 8-11 CEDH, a pesar de que el demandante no haya invocado la falta de previsibilidad de la Ley bajo el ángulo del artículo 8<sup>5</sup>, realiza un control de oficio de la calidad de la ley, sobre todo en una materia tan sensible como la interceptación secreta de las comunicaciones<sup>6</sup>.

Al plantear la cuestión de saber si las escuchas estaban «previstas por la Ley», el TEDH recuerda que la noción de «Ley» debe entenderse en su acepción material y no formal y, por tanto, incluye el derecho no escrito o la jurisprudencia. El ordenamiento jurídico debe indicar con la suficiente claridad, en el momento de los hechos, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades. El Tribunal repasa la jurisprudencia relativa a España sobre esta materia, enunciada en los casos *Valenzuela Contreras* (1998) y *Prado Bugallo* (2003)<sup>7</sup>. En el primer caso, mediante sentencia de 30 de julio de 1998, el TEDH declaró que la legislación vigente en el momento de los hechos (que ya no lo estaba en el momento en que se dictó la sentencia) no cumplía con las exigencias de previsibilidad

<sup>5</sup> Lo había hecho sin embargo desde el ángulo del artículo 6 CEDH, alegando que la falta de legalidad y de proporcionalidad de la medida comportaba la nulidad de las escuchas telefónicas y la violación de la presunción de inocencia.

<sup>6</sup> Ante las observaciones del Gobierno alegando que el régimen de escuchas telefónicas en España responde a las garantías de previsibilidad del artículo 8 CEDH, el demandante se limita a manifestar que dichas observaciones no hacen más que constatar la insuficiencia de la legislación española en la materia, señalando además que la jurisprudencia española presenta incertidumbres que provocan inseguridad jurídica.

<sup>7</sup> Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., «La calidad de la Ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (especial referencia a los casos “Valenzuela Contreras” y “Prado Bugallo”, ambos contra España», *Derecho Privado y Constitución*, núm.17, enero-diciembre, 2003, pgs. 377 y ss. y CATALÀ I BAS, A. H., «Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Prado Bugallo c. España de 18 de febrero de 2003», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 1, 1<sup>a</sup> semestre 2003, pgs. 127-135.

derivadas del Convenio<sup>8</sup>. En el asunto *Prado Bugallo* el TEDH condenó la normativa vigente en materia de escuchas telefónicas tras la modificación por la Ley Orgánica 4/1988, pues si bien admite que dicha modificación supuso un progreso innegable, considera que las garantías introducidas no responden a todas las condiciones exigidas por su jurisprudencia, especialmente en las sentencias *Kruslin c. Francia* y *Huvig c. Francia*<sup>9</sup>. De esta manera, la Ley española continúa omitiendo la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida y los requisitos de las actas en las que se recojan las conversaciones, cuestión que se deja en manos del secretario. Igualmente la legislación española es insuficiente en relación con las precauciones a tomar para entregar intactas y completas las grabaciones realizadas tanto al juez como a la defensa. El TEDH reconoce, en su sentencia de 18 de febrero de 2003, que dichas carencias han sido paliadas en gran parte por la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero, «suponiendo que pueda llenar las lagunas de la Ley en sentido formal», dicha jurisprudencia se produjo con posterioridad a las escuchas por lo que no puede ser tenida en cuenta<sup>10</sup>.

El asunto *Coban* representa para el Tribunal una tercera oportunidad para pronunciarse definitivamente sobre la calidad de la ley/jurisprudencia española, ya que las escuchas telefónicas decretadas en cuestión se produjeron con posterioridad a algunas de las decisiones del TS y del TC citadas en las sentencias anteriores y que podrían llegar a llenar las lagunas de la LECrim. Para ello, el TEDH advierte que debe tratarse de una jurisprudencia «consolidada y bien establecida» en el momento en que las intervenciones fueron realizadas. Teniendo en cuenta las garantías previstas en el auto del TS de 18 de junio de 1992 (reproducidas parcialmente en la parte relativa al «derecho interno» de la decisión), confirmadas y desarrolladas por la jurisprudencia del TC (ATC 344/1990, SSTC 85/1994, 181/1995 –anteriores a las escuchas–, y las SSTC posteriores 49/1999, 202/2001, 184/2003 y 26/2006), el TEDH considera que las exigencias de precisión y calidad de la Ley derivadas de su jurisprudencia *Kruslin* son respetadas en el ordenamiento jurídico español. De este modo, el TEDH concluye que, si bien una modificación legislativa sería deseable, el artículo 579 LECrim, tal y como ha sido

<sup>8</sup> Antiguo artículo 579 LECrim. «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». La STEDH consideró que ni el artículo 18.3 CE ni las disposiciones de la LECrim citadas en el auto de autorización de las escuchas contenían los presupuestos y las condiciones necesarias para asegurar la «previsibilidad de la ley»: la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial, la naturaleza de las infracciones, la fijación de un límite de la duración de la ejecución de la medida, las condiciones de establecimiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas, y, la utilización y el borrado de las grabaciones realizadas (párrafo 59).

<sup>9</sup> Sentencias de 24 de abril de 1990.

<sup>10</sup> Párrafo 32.

modificado por la LO 4/1988 y completado por la jurisprudencia del TS y del TC, establece reglas suficientemente claras y precisas sobre la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en materia de escuchas telefónicas.

Una vez constatada la previsibilidad por la Ley de la injerencia en el derecho al respeto de la correspondencia, le corresponde al TEDH examinar si tal limitación perseguía un «fin legítimo» y si era «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar dicho fin. Sobre la primera cuestión, el TEDH determina, sin más, que la medida tenía como objetivo la defensa del orden. En cuanto a la necesidad o proporcionalidad de la restricción, la decisión concluye que la autorización de las escuchas respetó el principio de proporcionalidad, tal y como constataron el TS y el TC. En lo que se refiere al control judicial de la ejecución de las escuchas, el TEDH examina cuatro de las quejas presentadas por el demandante: la supuesta imposibilidad de controlar las conversaciones en lengua extranjera y la ausencia de transcripciones efectuadas por un intérprete jurado, la incorporación de los resultados de las escuchas a las actuaciones, la ausencia de verificación por parte del secretario judicial de las transcripciones realizadas, y, por último, la identificación de las voces de las personas implicadas. El TEDH, teniendo en cuenta que las únicas conversaciones escuchadas en el juicio fueron las realizadas en lengua española y que éstas se sometieron al principio de contradicción en audiencia pública, así como que el secretario judicial había efectivamente procedido al cotejo de las transcripciones, estima que estas quejas están mal fundadas. De su motivación destacan dos consideraciones. La primera, que la ausencia de intérprete jurado no es decisiva siempre y cuando el intérprete posea un grado suficiente de fiabilidad en cuanto al conocimiento de la lengua extranjera. Y segunda, que el tribunal juzgador podía apreciar la identidad de las voces en la audiencia, sin tener la obligación de ordenar una prueba sobre la identificación y reconocimiento de las mismas.

En definitiva, el TEDH (Quinta Sección), falla, por mayoría, que no hay apariencia de violación por parte de los tribunales españoles del derecho al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH) y que, en consecuencia, la demanda debe ser rechazada como manifiestamente mal fundada en aplicación del artículo 35.4 CEDH<sup>11</sup>.

### **III. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO POR PARTE DEL TS Y DEL TC: CONVERGENCIAS**

#### **1. La cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE y la identidad entre el artículo 18.3 CE y el artículo 8 CEDH**

La decisión *Coban* contiene en su parte relativa al derecho y la práctica

<sup>11</sup> Cabe recordar que en las decisiones de inadmisibilidad los Jueces disidentes no tienen la posibilidad de formular opiniones separadas, a diferencia de lo que ocurre en las sentencias sobre el fondo.

internas pertinentes –ubicada en la parte de «hechos»– una larga recopilación de la jurisprudencia del TS y del TC en materia de derecho al secreto de las comunicaciones, que será tenida en cuenta por el TEDH para llegar a la conclusión de que el derecho español cumple con las exigencias de calidad de la Ley derivadas del artículo 8 CEDH. Estas referencias ponen de manifiesto la existencia de una verdadera interacción jurisprudencial o diálogo entre los dos ordenamientos jurídicos, así como la progresiva recepción de la doctrina de Estrasburgo por los más altos tribunales españoles, por medio de la cláusula del artículo 10.2 CE<sup>12</sup>. Sin embargo, para que esta disposición permita la apertura o permeabilidad del ordenamiento español en relación con el Derecho internacional, y en particular el CEDH, es necesario que nos situemos en el mismo ámbito de interpretación, esto es, ante un derecho fundamental reconocido en la CE que también viene recogido en el tratado internacional o en la jurisprudencia que lo desarrolla. Así el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, íntimamente relacionado con el derecho a la intimidad personal (artículo 18.1), tiene su correlato en el derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia del artículo 8.1 CEDH, cuyas nociones se yuxtaponen habitualmente en la jurisprudencia del TEDH<sup>13</sup>.

## 2. La recepción de la doctrina del TEDH antes de la primera sentencia de condena a España

Cabe distinguir dos etapas en la recepción de la jurisprudencia del TEDH relativa a las escuchas telefónicas en España: antes de la primera condena de España en Estrasburgo (STEDH *Valenzuela Contreras*, 1998) y después de dicha condena. Tanto en la sentencia de 21 de febrero de 1991 como en el mencionado auto de 18 de junio de 1992, el Tribunal Supremo advierte sobre las graves insuficiencias de la regulación vigente tras la reforma operada por la LO 4/1998. En el auto de 1992 el TS, ante la «grave insuficiencia de la regulación actualmente vigente», se ve obligado a llevar a cabo una «especie de construcción por vía jurisprudencial de la forma correcta de realización de tal medida» (F. 2). Para ello, además de acudir a la aplicación analógica de las disposiciones de la LECrim relativas a la correspondencia privada (art. 586), el TS utiliza la jurisprudencia del TEDH cuyo rango viene

<sup>12</sup> Art. 10.2 CE: «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».

<sup>13</sup> Para el TEDH las conversaciones telefónicas se encuentran comprendidas en las nociones de «vida privada» y de «correspondencia» (STEDH *Klass y otros c. Alemania* de 6 de septiembre de 1978 y la misma STEDH *Valenzuela Contreras*, párrafo 42). Esta yuxtaposición permite atraer en el seno de la misma disposición nuevos medios de comunicación sin la necesidad de adoptar una interpretación autónoma de «correspondencia» (mensajes a través de un buscaperonas en la STEDH *Taylor-Sabori c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 2002, colocación de micrófonos en el domicilio en la STEDH *Vetter c. Francia*, de 31 de mayo de 2005, e interceptación de e-mails en la decisión sobre la admisibilidad *Copland c. Reino Unido*, de 7 de marzo de 2006).

determinado por los artículos 10.2 y 96 CE. Así, frente a la ausencia en la Ley escrita de un catálogo cerrado de delitos por los que se pueden decretar intervenciones telefónicas, el alto Tribunal recuerda que se debe proceder a una interpretación restrictiva de acuerdo con los casos *Kruslin* y *Huwig*. Igualmente señala, en base a esta jurisprudencia, que las escuchas telefónicas deben estar cubiertas por una Ley que ofrezca una precisión especial, con reglas claras y detalladas. Además del principio de legalidad, el TS trae a colación el principio de proporcionalidad que, según el artículo 8 CEDH, consiste en que la medida corresponda a una exigencia social imperiosa en una sociedad democrática, que sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida y que exista un control en el momento de ordenarse, en su desarrollo y en su cese (F. 4). Este control se materializa en la exigencia de motivación de la decisión judicial de autorización o prórroga, que sólo cabe ante la existencia de indicios (y no meras sospechas) de comisión de delitos graves (excluyendo los que no lo son, así como las faltas), y en un control preciso del desarrollo o ejecución de las escuchas, en el sentido de ordenar que se entreguen, tan pronto como sea posible, en el Juzgado, los soportes originales físicos en los que consten las conversaciones. La selección de las mismas corresponde, con carácter exclusivo y excluyente al Juez, y se descharán aquellas conversaciones que no afecten al objeto de la investigación, con respeto al principio de inmediación y contradicción y la obligada presencia del Secretario judicial (F. 5).

En su F. 11, el auto establece una lista de vulneraciones que, en caso de producirse, determinarán la nulidad de la prueba de la intervención telefónica y la consiguiente destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones: no exteriorización de indicios; ausencia de control; periodicidad del control (límite razonable en el tiempo); disociación entre autorización e investigación; entrega de copias, no de originales; proporcionalidad y determinación de la medida y sus límites.

A mayor abundamiento, en sus sentencias 85/1994 de 14 de marzo y 181/1995 de 11 de diciembre de 1995, anteriores a las escuchas telefónicas del asunto que nos ocupa, el TC hizo referencia a la doctrina de Estrasburgo sobre las escuchas telefónicas. En ambas decisiones el TC cita las SSTEDH *Klass c. Alemania* y *Malone c. Reino Unido*<sup>14</sup> para recordar los principios de legalidad y de proporcionalidad a los que debe estar sometida toda injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones<sup>15</sup>.

En esta primera etapa, la recepción de la jurisprudencia del TEDH por parte del TC y del TS se produce, como hemos señalado, gracias a la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE, que permite la integración de las SSTEDH dictadas contra otros Estados a pesar de que éstas no producen

<sup>14</sup> STEDH de 2 de agosto de 1984.

<sup>15</sup> En particular el TC insiste en la necesidad de motivación de los autos judiciales que autorizan las escuchas, pues «sólo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece» (STC 181/1995, F. 5).

efectos *erga omnes* en sentido estricto (art. 46.1 CEDH: efectos *inter partes*). Por otro lado, la autoridad de cosa interpretada de la jurisprudencia de Estrasburgo y la voluntad de los Estados de no verse condenados por violaciones constatadas en relación con otros países facilita indudablemente la tarea de importación de los estándares europeos.

### **3. La recepción de las SSTEDH declarativas de vulneración del artículo 8 CEDH por España. Consecuencias sobre la posible inconstitucionalidad de la ley**

La segunda etapa en la recepción de la doctrina del TEDH se inicia tras la condena de España en Estrasburgo en el asunto *Valenzuela Contreras*. Este momento coincide con lo que más tarde el propio TC calificará como «unificación y consolidación» de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, y en particular con la STC 49/1999 de 5 de abril de 1999. En la misma el TC analiza la legitimidad constitucional de unas escuchas telefónicas realizadas antes de la modificación legislativa de 1988, es decir, bajo el mismo régimen legislativo condenando un año antes en Estrasburgo. Tras recordar la garantía de reserva de Ley para toda injerencia en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) y el principio de legalidad derivado de la exigencia de seguridad jurídica, el TC reconoce que «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» y que «para precisarlas con mayor exactitud, siquiera con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, en relación con el artículo 8 del CEDH, habremos de tener en cuenta la doctrina del TEDH» (F. 5). En efecto, el TC aplica directamente la doctrina del TEDH sobre la calidad de la ley, al considerar que las carencias de la Ley constatadas en *Valenzuela Contreras* como atentatorias del artículo 8 CEDH (categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha, límite de la duración de la medida, condiciones de las transcripciones y utilización de las conversaciones interceptadas) deben ponerse de manifiesto en el caso planteado y estimarse también contrarias al artículo 18.3 CE. De este modo, el TC realiza una especie de control de convencionalidad y de constitucionalidad de la Ley en cuestión (LECrím), y, todo ello, a instancias del TEDH. A diferencia de la etapa anterior a *Valenzuela Contreras*, la recepción de la doctrina de Estrasburgo por parte de los tribunales españoles constituye ahora, más allá de la operatividad de cláusula interpretativa del 10.2 CE, una consecuencia de la responsabilidad internacional del Estado (garantías de no repetición) y de la obligación de acatar la sentencia dictada en un asunto en el que el Estado español ha sido parte, conforme al artículo 46.1 CEDH<sup>16</sup>. Ello se refleja, por ejemplo, en el control de la ejecución de la STEDH *Valenzuela Contreras* por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en virtud del art. 46.2 CEDH, en el que dicho órgano pide informa-

<sup>16</sup> «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes».

ción a las autoridades españolas sobre las medidas generales adoptadas para evitar nuevas violaciones<sup>17</sup>.

La influencia de la jurisprudencia del TEDH no se limita a la exigencia de la calidad de la ley, sino que abarca también, como hemos señalado anteriormente, el principio de proporcionalidad. Así, en la STC 49/1999, después de haber constatado las carencias de la Ley española y la resultante lesión del artículo 18.3 CE, el TC examina también si, en el caso concreto, se ha respetado la proporcionalidad y, en particular, las exigencias de motivación de la autorización (delimitación objetiva y subjetiva, existencia de indicios y no simples conjeturas) y de control judicial de ejecución de la medida. Por ejemplo, el TC hace referencia a principios establecidos en la STEDH *Klass*, tales como la exigencia de que «existan datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave» y de que las escuchas no pueden responder a la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos<sup>18</sup>. En el caso concreto, el TC condena el hecho de que las resoluciones de autorización y prórroga hayan sido estereotipadas y adoptadas sin conocer los resultados de las intervenciones practicadas, pues no se entregaron al Juez ni las cintas ni las transcripciones que contenían las escuchas (F. 11).

La decisión *Coban* cita también la STC 202/2001, que constituye una síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre el régimen de escuchas telefónicas y, sobre todo, la STC 184/2003 dictada por el Pleno del Tribunal en fecha de 23 de octubre de 2003<sup>19</sup>. El interés de esta última radica en dos aspectos. Uno, el Pleno del TC recabó para sí el conocimiento de un recurso de amparo en el que las partes sugerían el planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad del artículo 579 LECrim. Y, dos, la cuestión de la legalidad de las escuchas telefónicas se planteaba de nuevo ante el TC sólo unos meses después de que el TEDH hubiera vuelto a condenar a España por la «ilegalidad» de dichas escuchas y, ahora sí, de acuerdo con la redacción de la LECrim dada por la LO 4/1988 (*Prado Bugallo*). Pues bien, el TC asume las conclusiones de la STEDH *Prado Bugallo* y considera que el artículo 579 LECrim adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos de calidad de la Ley exigidos

<sup>17</sup> Resolución DH (99) 127 de 19 de febrero de 1999, por la que se da por concluida la ejecución de la sentencia en España, a la luz de las informaciones recibidas de las autoridades españolas (modificación del artículo 579 LECrim, recepción de la doctrina del TEDH en el auto del TS de 1992 y aplicabilidad directa de la jurisprudencia del TEDH por la vía del artículo 10.2 CE). El control de la ejecución de la STEDH *Prado Bugallo* por el Comité de Ministros está aún pendiente de una resolución final (Orden del día anotado, 982e reunión (DH), 5-6 diciembre 2006). En el contexto de esta última, el Comité opina que la jurisprudencia reciente invocada por las autoridades españolas «parece suplir las lagunas que persistían en el momento de los hechos».

<sup>18</sup> STEDH *Klass c. Alemania*, párrafo 51.

<sup>19</sup> Vid. GARCÍA COUSO, S., «Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 2, 2º trimestre 2003, pgs. 131-144.

por el artículo 18.3 CE interpretado de acuerdo con el art. 8 CEDH: límite de las prórrogas que se pueden acordar; naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; control del resultado de las intervenciones y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, custodia y utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación al proceso de las conversaciones intervenidas (F. 5). Asimismo, el TC identifica otra carencia en la Ley que el TEDH ha tenido ocasión de constatar respecto de otras legislaciones europeas, como es la falta de previsión legal en el caso de los interlocutores escuchados «por azar» en calidad de «partícipes necesarios» de una conversación telefónica registrada (SSTEDH *Lambert c. Francia* de 24 de agosto de 1998 y *Amann c. Suiza* de 16 de febrero de 2000), ya que el art. 579 LECrim no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes los titulares de las líneas intervenidas se comunican.

Para el TC, esta deficiencia no puede ser objeto de control a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues el mecanismo del artículo 55.2 LOTC «está previsto para actuar sobre disposiciones legales que en su contenido contradicen la Constitución, pero no respecto de las que se avienen con aquélla y cuya inconstitucionalidad deriva no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia». La declaración de inconstitucionalidad y de nulidad del artículo 579 LECrim «agravaría el defecto mismo –la falta de certeza y seguridad jurídicas– al producir un vacío mayor», pues comportaría «la obligación de los poderes públicos de inaplicar la norma viciada de inconstitucionalidad» (STC 184/2003, F. 7). Algunos autores, como Susana GARCÍA COUSO, apuntan que la inconstitucionalidad del art. 579 LECrim no deriva tanto de su contradicción con el art. 18.3 CE sino más bien de su oposición al principio de reserva de Ley (53.1 CE) y a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad contenidos en el artículo 9.3 CE<sup>20</sup>. Sin necesidad de entrar en el debate sobre la inconstitucionalidad de la norma por su contradicción con los artículos 10.2 CE y 96 CE, podría plantearse al menos la conveniencia de que los tribunales españoles la inaplicaran por ser contraria al CEDH, cuyo rango (supralegal) y primacía vienen determinados por el artículo 96.1 CE<sup>21</sup>. Esta posibilidad, aunque con los mismos efectos prácticos derivados de una declaración de inconstitucionalidad de la norma, casa mejor con la postura mantenida respecto a la primacía del CEDH por el TEDH, para el que los tribunales de los Estados partes vienen obligados a inaplicar una norma interna

<sup>20</sup> GARCÍA COUSO, S., «Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2003, de 23 de octubre», *op. cit.*, pg. 140.

<sup>21</sup> Art. 96.1 CE: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

contraria al CEDH<sup>22</sup>. Asimismo, cabe recordar que el CEDH no obliga a los Estados a establecer un cauce procesal para anular la legislación nacional contraria al Convenio, si bien es cierto que el Comité de Ministros recomienda a los Estados partes que examinen permanentemente la compatibilidad de sus legislaciones con el CEDH y procedan a los cambios legislativos que sean necesarios, conforme al principio de subsidiariedad<sup>23</sup>.

Las consecuencias que deben extraerse de la conclusión que las escuchas telefónicas no tienen cobertura legal suficiente, según las exigencias del 18.3 CE o del 8 CEDH, son el principal punto de divergencia existente entre el TEDH y los tribunales españoles en la materia. Ello no es más que el resultado de las diferentes posiciones conceptuales de los dos ordenamientos jurídicos (CEDH y ordenamiento español), que a pesar de influirse mutuamente, mantienen su autonomía dentro de la complementariedad y la subsidiariedad.

#### **IV. DIFERENCIAS CONCEPTUALES ENTRE EL TC Y EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO**

##### **1. La exigencia de la autorización judicial de la injerencia**

En primer lugar, cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre con el TC, el TEDH parece haber sido menos estricto con relación a la necesidad de que las medidas limitativas del derecho al respeto de la correspondencia sean adoptadas por una autoridad judicial<sup>24</sup>. Así acepta que la policía pueda utilizar, sin autorización judicial, el listado de números de teléfono utilizados en el contexto de una investigación criminal<sup>25</sup>. También ha aceptado la no exigencia de previa autorización judicial en el caso de la interceptación de comunicaciones por parte de los servicios secretos, en aras a la protec-

<sup>22</sup> Véase el asunto *Vermeire c. Bélgica*, de 29 de noviembre de 1991, en relación con la STEDH *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979. El TEDH reprocha al legislador belga no haber modificado la legislación declarada contraria al art. 8 CEDH y, dirigiéndose a la Cour de cassation belga, le indica que no debió haber aplicado la normativa vigente, sino la propia doctrina de la STEDH *Marckx*. La cuestión de la supuesta obligación de los Estados de inaplicar una Ley contraria al Convenio por omisión (también reguladora de las escuchas telefónicas) puede llegar a plantearse en el caso *Popescu c. Rumania*, pendiente ante el TEDH (decisión parcial de admisibilidad de 22 de septiembre de 2005). En este asunto el demandante planteó ante los tribunales nacionales una excepción de inconstitucionalidad de la Ley nacional aplicable, por considerarla insuficiente a la luz de las garantías del art. 8 CEDH. Cabe señalar que en Rumania los TI de derechos humanos gozan de primacía respecto a la ley, como ocurre en el ordenamiento español.

<sup>23</sup> Recomendación (2004) 5, de 12 de mayo de 2004, adoptada al mismo tiempo que el Protocolo nº 14 de enmienda al CEDH.

<sup>24</sup> Véase el voto particular del Magistrado Pedro Cruz Villalón a la STC 49/1999.

<sup>25</sup> STEDH *P.G. y J.H. c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 2001.

ción de la seguridad nacional<sup>26</sup>. En cambio, el art. 18.3 CE exige de manera muy clara que cualquier intervención debe ser autorizada por un juez.

## 2. La noción de «Ley» y el carácter autónomo de la violación del derecho fundamental por la falta de previsión legal

Pero la diferencia más significativa que existe entre el TEDH y el TC radica en la noción de «Ley» que tiene cada ordenamiento jurídico. Para el Tribunal de Estrasburgo la noción de «Ley» prevista en la cláusula de restricción de los artículos 8-11 CEDH, así como la derivada del principio de legalidad del art. 7 CEDH, tiene un sentido material y no formal, y cubre, por tanto, la Ley escrita (de rango legislativo, infralegislativo e incluso internacional) y la no escrita (jurisprudencia)<sup>27</sup>. Esta noción flexible de «Ley» es lo que ha permitido al TEDH considerar en *Coban* que la ley, tal y como estaba completada por la jurisprudencia nacional en el momento de los hechos, respondía a las exigencias de previsión legal del art. 8.2 CEDH. Por el contrario, el TC sólo concibe la existencia de una «Ley» en sentido formal y estricto, «lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora» (STC 184/2003, F. 6). De ahí que pueda considerarse que la garantía de reserva de Ley en nuestro ordenamiento –incluso orgánica, según el art. 53.1 CE– ofrece una protección más intensa del derecho al secreto de las comunicaciones en comparación con el Convenio, lo que es perfectamente compatible con el principio de subsidiariedad y de aplicación del estándar más protector (art. 53 CEDH)<sup>28</sup>. La consecuencia de ello es que el TC ha declarado, como ya hemos señalado, que «la situación del Ordenamiento jurídico español (...) ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el art. 18.3 CE» (STC 49/1999, F. 5), sin entrar a analizar si la jurisprudencia existente en el momento de las intervenciones podía llegar a paliar las deficiencias de la Ley en sentido formal<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> STEDH *Klass y otros c. Alemania*, 6 de septiembre de 1978, confirmada recientemente por la decisión *Weber y Saravia c. Alemania*, de 29 de junio de 2006. Por el contrario, la legislación española en la materia prevé la necesaria autorización judicial: Ley Orgánica 2/2002 de 6 de mayo reguladora del control judicial previo del CNI.

<sup>27</sup> Ésta es la jurisprudencia clásica del Tribunal desde la STEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, y responde a la necesidad de crear una noción autónoma de Ley que pueda ser aplicable tanto para los Estados de derecho continental como los de tradición de *common law*. La única excepción en la doctrina del Tribunal es la exigencia de Ley formal para el establecimiento de un tribunal y sus normas de procedimiento («tribunal établi par la loi» conforme al art. 6.1 CEDH, véase STEDH *Coëme y otros c. Bélgica*, de 22 de junio de 2000).

<sup>28</sup> «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que éste sea parte».

<sup>29</sup> Cabe precisar, sin embargo, que en la mencionada STC184/2003, el TC señala que, tal y como ocurría en el asunto *Prado Bugallo*, las escuchas telefónicas tuvieron lugar antes del inicio de la jurisprudencia del TS –auto de 18 de junio de 1992– y, especialmente, antes de la unificación y consolidación de la jurisprudencia constitucional a partir de 1998 y, señaladamente, a partir de la STC 49/1999.

Ahora bien, las consecuencias de dicha declaración, más allá de ser una advertencia al legislador de la necesidad de cubrir las lagunas, no equivalen a los efectos de una constatación de vulneración del artículo 8 CEDH por parte del TEDH. En efecto, cuando el TEDH constata la falta de previsión legal de una injerencia estatal en el derecho al respeto de la vida privada, dicha conclusión equivale automáticamente a la lesión de dicho derecho y a la condena del Estado, sin la necesidad de analizar la proporcionalidad o necesidad de la medida en el caso concreto<sup>30</sup>. En cambio, el TC, a pesar de llegar a la conclusión de que la carencia legislativa constituye una «vulneración autónoma e independiente» del art. 18.3 CE, no extrae de ello la lesión del derecho en el caso concreto ni la ilegitimidad constitucional de las escuchas practicadas. Para llegar a imputar la vulneración del derecho fundamental a la actuación de los órganos judiciales en el caso concreto, el TC aplica el test adicional siguiente: «si, pese a la inexistencia de una Ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el art. 18.3 CE se remite, 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 la Ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas» (STC 49/1999, F. 5). De esta manera, el TC reconduce su juicio de constitucionalidad al juicio de proporcionalidad en el caso concreto, de acuerdo con las exigencias sentadas en su propia doctrina. Y, tras rechazar la cuestión interna de inconstitucionalidad, reconoce que hasta que el legislador corrija las carencias del 579 LECrim, «le corresponderá suplir las insuficiencias indicadas, lo que viene haciendo en materia de intervenciones telefónicas (...) desde la unificación y consolidación de su doctrina por la STC 49/1999 (...), doctrina que es aplicable a los terceros y vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria» (STC 184/2003, F. 7). Por consiguiente, a pesar de las diferencias conceptuales entre el TEDH y TC en cuanto a la noción de «Ley», el resultado no viene a ser tan diferente como cabía esperar. Si bien por un lado el TEDH integra la doctrina del TC/TS en la noción material de «Ley» (*Coban*), por el otro, el TC enjuicia si los tribunales ordinarios han adecuado su actuación a los requisitos derivados de la proporcionalidad, tal y como han sido sentados en su propia doctrina de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. Así, el TC se convierte en legislador positivo –temporalmente mientras el legislador no intervenga– sin quererlo, utilizando como fuente de inspiración la doctrina de Estrasburgo en virtud del mandato constitucional del 10.2. Esta construcción un poco confusa y contradictoria, consecuencia seguramente de la concepción material que de la Ley tiene el TEDH –no asumida formal-

<sup>30</sup> Ver, entre otras, la STEDH *Valenzuela Contreras*.

mente por el TC-, ha sido contestada en el seno del propio TC<sup>31</sup> y por parte de la doctrina<sup>32</sup>.

### 3. Las consecuencias de la violación del derecho al secreto de las comunicaciones: efectos sobre el derecho a un proceso equitativo y ejecución de las sentencias

Esta divergencia de aproximaciones también puede explicarse por los distintos efectos que una constatación de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones puede tener sobre la eficacia probatoria de los resultados de las escuchas y, en consecuencia, sobre los derechos reconocidos en los artículos 24 CE y 6 del CEDH. Para el TC, una lesión del 18.3 CE acarrea automáticamente en la mayoría de casos una lesión del derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, siempre y cuando el resultado de las intervenciones telefónicas ilegítimas haya sido incorporado al proceso como prueba<sup>33</sup>. Para ello, basta con que uno de los elementos sobre los que se fundó la convicción de condena se base en el resultado de las escuchas. No obstante, la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones sólo comportará la lesión de la presunción de inocencia (24.2 CE) cuando la condena se haya fundado exclusivamente en tales pruebas (STC 49/1999, F. 14). Las fronteras entre el derecho al proceso con todas las garantías y la presunción de inocencia no son siempre fáciles de establecer, como demuestra la propia jurisprudencia del TC, pero lo importante es que el Alto Tribunal tiene la posibilidad de restablecer a los demandantes de amparo en sus derechos, ya sea anulando simplemente las sentencias de condena<sup>34</sup>,

<sup>31</sup> Voto particular del Magistrado Pedro Cruz Villalón, entonces Presidente del TC, en la STC 49/99: «La sola deficiencia de la Ley produce por sí sola la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, sin que sea necesario para confirmar dicha vulneración, el examen y valoración que se hace en la Sentencia de la actuación judicial (...) No comparto la idea de una especie de vulneración calificada de autónoma e independiente de cualquier otra del derecho fundamental determinada por las carencias en la calidad de la Ley que, sin embargo, pueden ser, por así decir, neutralizadas posteriormente por medio de una actuación judicial particularmente respetuosa del derecho fundamental en cuestión (...) No creo que podamos decir que se ha vulnerado el derecho fundamental por la deficiencia de la Ley y, sin embargo, afirmar que la lesión puede ser contrarrestada por el juez, pues las carencias de previsibilidad no son susceptibles de una subsanación *ex post facto* (...) Mientras no se cubran las deficiencias de la ley, el TEDH seguirá apreciando vulneraciones del derecho fundamental».

<sup>32</sup> Como se pregunta Alexandre H. CATALÀ I BAS, «La problemática adecuación de la legislación española sobre escuchas telefónicas a las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus consecuencias», *Revista del Poder Judicial*, núm. 66, 2002, pg. 70: «¿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?».

<sup>33</sup> La vulneración del derecho reconocido en el art. 18.3 CE determina la nulidad de la prueba, ya sea ésta incorporada a través de las transcripciones, la audición de los soportes magnéticos o la declaración testifical de los agentes que participaron en su práctica (STC 49/1999, F. 12).

<sup>34</sup> STC 181/1995.

anulándolas y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la proposición de prueba<sup>35</sup>, anulando las pruebas ilegales y confirmando la condena en base a la existencia de pruebas de cargo no invalidadas<sup>36</sup>, o, simplemente, dictando una sentencia declarativa<sup>37</sup>. Esta amplia competencia del TC para ordenar la modalidad ejecutoria de su propia sentencia –conferida por el art. 55 LOTC– puede que influya en la negativa del Tribunal a seguir la misma lógica del TEDH, y a aceptar que la falta de previsión legal determina, por sí misma, la lesión actual del derecho fundamental en el caso concreto. Sobre este aspecto, el Voto particular de Pedro Cruz Villalón a la STC 49/1999 apunta a que, probablemente, el TC no habría anulado la condena de los demandantes si se hubiera limitado a constatar la vulneración del art. 18.3 CE por la falta de calidad de la ley, tal y como hace el TEDH. Además, el Magistrado disidente propone que, para determinar si la vulneración del art. 18.3 CE debe acarrear la nulidad de la condena, debe tenerse en cuenta el momento en que dicha lesión se produjo. En este sentido, hay que considerar si el juez que autorizó las escuchas lo hizo con anterioridad al inicio de la jurisprudencia que vino a constatar y a suplir las lagunas de la ley<sup>38</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista del TEDH, las consecuencias que tiene una constatación de violación del artículo 8 CEDH sobre los efectos probatorios de las escuchas (art. 6 CEDH), así como sobre la *restitutio in integrum* de los demandantes, son mucho menos generosas en comparación con el TC. En cuanto a las relaciones entre el artículo 8 y el 6 del CEDH, la regla general en la jurisprudencia del TEDH es que una lesión del primero no conduce necesariamente a una vulneración del segundo<sup>39</sup>. En esta línea se han pronunciado las SSTEDH *Khan c. Reino Unido* de 12 de mayo de 2000, *P.G. y J.H. c. Reino Unido* de 25 de septiembre de 2001, y *Allan c. Reino Unido* de 5 de noviembre de 2002, en las que el Tribunal de Estrasburgo ha considerado como «equitativa» una condena fundada –de manera exclusiva en *Khan*– en elementos probatorios (escuchas) obtenidos en vulneración

<sup>35</sup> STC 49/1999.

<sup>36</sup> Voto particular del Magistrado Roberto García-Calvo y Montiel, al que se adhiere el Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, STC 184/2003; y STC 12/2002.

<sup>37</sup> STC 205/2005, de 18 de julio de 2005. En ella el TC constata la lesión del art. 18.3 CE por la ausencia de cobertura judicial de la interceptación telefónica durante un concreto lapso temporal, por lo que las escuchas durante este período deben entenderse nulas. En cambio, esta nulidad no afecta al acervo probatorio sobre el que se funda la condena del demandante ni, en consecuencia, a la presunción de inocencia.

<sup>38</sup> Un argumento parecido fue utilizado por el Gobierno español en el asunto *Valenzuela Contreras* ante el TEDH, al sostener que las autoridades españolas no podían ser condenadas por la falta de conocimiento de las garantías que se reconocerían cinco años más tarde en las SSTEDH *Kruslin y Huvig*. El TEDH rechaza este argumento y considera que las garantías están incorporadas al art. 8 CEDH (párrafo 60).

<sup>39</sup> Aparte de las decisiones parciales de inadmisibilidad en las que el TEDH rechaza, como manifiestamente mal fundadas, las quejas relativas al art. 6 CEDH, antes de pronunciarse sobre la vulneración del art. 8 CEDH (decisiones parciales de inadmisibilidad en los asuntos *Prado Bugallo y Coban*).

del derecho al respeto de la vida privada<sup>40</sup>. Ello es debido a que la eficacia y la valoración de las pruebas en un juicio penal es una cuestión que el TEDH deja normalmente en manos de los tribunales nacionales y sólo analiza la equidad del proceso desde un punto de vista global, asegurándose que los derechos de defensa han sido respetados y que el demandante ha tenido la posibilidad de contestar la autenticidad de la prueba<sup>41</sup>.

Finalmente, otra diferencia entre el TEDH y el TC radica en la distinta naturaleza y efectos de sus sentencias. Si, como hemos señalado, las STC se caracterizan por tener plenos efectos de restitución en la situación jurídica del demandante, que pueden llegar hasta la retroacción de las actuaciones, las SSTEDH son, en cambio, declarativas. En la mayoría de los casos en los que el TEDH ha condenado a un Estado por escuchas «ilegales» en el sentido del art. 8 CEDH, el Tribunal no otorga ninguna indemnización a título de satisfacción equitativa (art. 41 CEDH), pues considera que no hay ningún vínculo de causalidad entre la violación constatada y el daño material o moral alegado por el demandante (STEDH *Valenzuela Contreras*). En estos casos, la violación constatada constituye en sí misma una satisfacción equitativa. No obstante, la incipiente práctica del TEDH (iniciada en el 2004) consistente en indicar algunas medidas individuales o generales que el Estado debe adoptar en cumplimiento de la sentencia, puede permitir en el futuro dotar a sus sentencias de una mayor eficacia respecto a la situación jurídica del individuo y a los problemas estructurales constatados. Así, por ejemplo, si el TEDH considerase en algún caso que la violación del artículo 8 determina la lesión del derecho a un juicio justo, podría indicar o sugerir al Estado que la mejor forma de reparación sería la reapertura del procedimiento interno o la celebración de un nuevo juicio, tal y como ha hecho recientemente ante la violación del derecho a un juez imparcial e independiente (STEDH *Ocalan c. Turquía* de 12 de mayo de 2005), en los casos de condena en rebeldía (STEDH *Sejdovic c. Italia* de 1 de marzo de 2006), e incluso ante la imposibilidad de interrogar a los testigos de cargo (STEDH *Bracci c. Italia* de 13 de octubre de 2005). En cuanto a las medidas legislativas generales necesarias para remediar las insuficiencias legales, el Tribunal podría adoptar lo que se empieza a conocer como «sentencia piloto», identificando claramente la deficiencia estructural, congelando las demandas parecidas pendientes así como la cuestión de la satisfacción equitativa, e incluso dando un plazo para que el Estado adopte las medidas generales indicadas<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> En los dos primeros los Jueces Loucaides y Tulkens formulan opiniones parcialmente disidentes. Para Loucaides, «l'exclusion de preuves recueillies au mépris du droit au respect de la vie privée garanti par la Convention doit être considérée comme un corollaire essentiel de ce droit». Según la Juez Tulkens, «la Cour prive l'article 8 de toute effectivité». Sobre la relación entre la obtención de pruebas en violación del artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes) y las exigencias de un proceso equitativo, véase la reciente STEDH de Gran Sala *Jalloh c. Alemania*, de 11 de julio de 2006.

<sup>41</sup> STEDH *Schenk c. Suiza*, de 12 de julio de 1988.

<sup>42</sup> STEDH *Xenides-Arestis c. Turquía*, de 22 de diciembre de 2005, en la que el Tribunal fija un plazo de tres meses para que el Estado condenado cree un mecanismo efectivo

Ello podría hacerse únicamente en casos en los que hay un importante número de demandas pendientes que traen causa del mismo problema: la falta de previsión legal o jurisprudencial de las escuchas telefónicas<sup>43</sup>. El procedimiento «piloto», utilizado creativamente, ofrece la posibilidad al TEDH de reafirmar su posición como juez de la convencionalidad de las leyes europeas contrarias al CEDH.

A pesar de las diferencias señaladas entre ambos tribunales, tanto conceptuales como relativas a la distinta naturaleza de sus sentencias, el TEDH, en la decisión del asunto que nos ocupa, califica definitivamente la jurisprudencia española en materia de escuchas como suficientemente garantista y conforme a las exigencias del artículo 8 CEDH.

## V. LA CALIFICACIÓN POR PARTE DEL TEDH DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA COMO «LEY» EN SENTIDO MATERIAL A EFECTOS DEL ARTÍCULO 8.2 DEL CONVENIO

En la decisión *Coban* el TEDH despeja por completo la incógnita que dejó abierta en la sentencia *Prado Bugallo* al señalar que la evolución jurisprudencial iniciada por el TS en 1992, «suponiendo que pueda llenar las lagunas de la Ley en sentido formal», no podía ser tenida en cuenta ya que las escuchas realizadas eran anteriores a aquella<sup>44</sup>. Tanto en *Prado Bugallo* como en la presente decisión podemos observar cómo la jurisprudencia de los tribunales españoles, que en principio sólo constituye un elemento fáctico en Estrasburgo, influye de alguna manera en las constataciones del TEDH, poniendo de manifiesto una especie de «fertilización cruzada» entre ambos órdenes jurisdiccionales<sup>45</sup>. Así, por ejemplo, en *Prado Bugallo* el TEDH tiene en consideración la posición del TS que, tanto en su sentencia de 21 de febrero de 1991 como en el auto de 18 de junio de 1992, reconoce la imperfección de la modificación legislativa operada por la LO 4/1988<sup>46</sup>.

de reparación de las violaciones constatadas (artículos 8 y 1 del Protocolo nº 1) en el asunto presente y en los similares pendientes de resolución (1.400). Es cierto que esta solución no sería aplicable al problema de la falta de previsión legal de las escuchas, pues los demandantes actuales y pendientes no podrían de ningún modo beneficiarse de la modificación legislativa exigida por la sentencia.

<sup>43</sup> Ello no parece haberse producido en el caso de España. En cambio, el procedimiento de «sentencia piloto» podría haberse revelado muy útil en el caso de Francia, cuando el TEDH constató las carencias de la Ley en *Kruslin* y *Huwig* en 1990, mientras que las demandas relativas al mismo problema se acumulaban ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

<sup>44</sup> STEDH *Prado Bugallo*, párrafo 32.

<sup>45</sup> GÓMEZ SANZ, X., RIPOL CARULLA, S., «Cuestiones de política judicial y proceso europeo de integración jurídica», en SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.), ZELAJA GARAGARZA, M. (Coord.), *Integración europea y poder judicial*, Oñate, IVAP, 2006, pgs. 25-53.

<sup>46</sup> Párrafo 31 de la STEDH: «estas lagunas han sido señaladas por la jurisdicciones superiores españolas que han entendido que las modificaciones realizadas por esta Ley eran insuficientes para responder a las garantías que deben rodear las intervenciones telefónicas».

En la decisión que nos ocupa el TEDH examina si en el momento de las intervenciones telefónicas (1995-96), existía un cuerpo de jurisprudencia consolidada y establecida que pueda ser calificado de «Ley» en el sentido material a efectos del art. 8.2 CEDH. Para ello se inspira en las propias consideraciones del TC, que en su STC 184/2003 (posterior a las escuchas realizadas) indica que el inicio de la jurisprudencia garantista en materia de intervenciones telefónicas se produce con el auto del TS de 18 de junio de 1992, así como que la unificación y consolidación de su propia jurisprudencia tiene lugar en 1998 y, en particular, a partir de la STC 49/1999 (también posterior a las escuchas objeto de litigio). Así pues, y a pesar de que según el propio TC la unificación y consolidación de la jurisprudencia no se produce hasta 1998-1999, el TEDH acepta como suficiente la jurisprudencia existente en la fecha crítica (1995-1996). En efecto, para el TEDH, el auto del TS de 1992, confirmado por la jurisprudencia posterior del TC (sin especificar si se refiere a la anterior a las escuchas o no), suple por sí mismo las carencias del artículo 579 LECrim<sup>47</sup>.

Cabe preguntarse, no obstante, si el auto dictado en 1992 por el TS puede constituir en sí una jurisprudencia «consolidada y bien establecida», tal y como exige el propio TEDH y, sobretudo, si contiene verdaderamente todas las garantías inexcusables derivadas del art. 8 CEDH. Los requisitos consagrados en el auto vienen inspirados por el principio de proporcionalidad y de motivación, cabiendo únicamente la autorización de las intervenciones cuando se trate de delitos graves y de trascendencia social (excluyendo los que no lo son, así como las faltas), dentro del procedimiento penal, y ante indicios (no meras sospechas). En la resolución motivada que acuerde dicha intervención, debe determinarse el objeto, número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución y, especialmente, la determinación y concreción de la acción penal a la que se refiere (F. 2). En cuanto a la duración de la medida, y a pesar de que el art. 579 LECrim no fija un límite al número de prórrogas concedidas (por tres meses), el auto habla de «límite razonable en el tiempo» (F. 11). En lo que se refiere al control de la ejecución de las intervenciones, deberán entregarse en el Juzgado los soportes originales en las que consten las conversaciones (no copias), y el Juez será quien seleccione lo que le interesa y mantenga el resto bajo la custodia del Secretario judicial. Por otro lado, si se descubre un nuevo delito, sin relación con la autorización, deberá ponerse en conocimiento del Juez a los efectos consiguientes. Por último, si se ordena el cese de la medida, deberá ponerse en conocimiento de la persona afectada para que pueda ejercer las acciones correspondientes. En definitiva, si la autorización, la ejecución o el control

<sup>47</sup> «En effet, à partir de la décision du 18 juin 1992 du Tribunal suprême, la prévisibilité de la loi, au sens large du terme, ne peut pas être mise en cause. Cette décision comblait les lacunes relevées dans la loi. Elle a par ailleurs été confirmée et entérinée par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel et contient les “sauvegardes adéquates” contre les abus à redouter (...)».

de las intervenciones no cumplen con estas exigencias, las pruebas obtenidas serán nulas y se procederá a la destrucción inmediata de todas las cintas y de sus transcripciones mecanográficas (F. 9).

El TEDH se refiere también a decisiones del TC anteriores a las escuchas del presente caso, como son el ATC 344/1990 y las SSTC 85/1994 y 181/1995. Si la primera hace referencia a los principios de legalidad y de proporcionalidad, tanto en lo que concierne a la gravedad del delito como a las garantías de la autorización, las sentencias de 1994 y 1995 se concentran en la necesidad de motivación derivada del principio de proporcionalidad.

En síntesis, puede sostenerse que la jurisprudencia derivada del auto del TS y de la sentencias del TC citadas responden a la casi totalidad de «exigencias mínimas relativas al contenido o calidad de la ley» del art. 8, en particular: la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a la intervención, la fijación de un límite temporal<sup>48</sup>; así como las precauciones para comunicar, íntactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines del control eventual por el juez y por la defensa. Sin embargo, subsisten las dudas en cuanto a las condiciones de establecimiento de las actas de síntesis que consignan las conversaciones, así como en relación con las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas en casos de sobreseimiento o puesta en libertad, dos «exigencias mínimas» que no aparecen claramente en la jurisprudencia citada y que el TEDH no aborda en su decisión. Sobre las transcripciones de las conversaciones interceptadas, el Gobierno sostenía en sus observaciones que la obligatoriedad de las mismas no se deduce del art. 8 CEDH, pues, como ocurre en el caso presente, el juez puede oír y verificar las cintas en todo momento. Pero de lo que se trata aquí no es de juzgar si el artículo 8 exige de por sí, y en el procedimiento concreto, la transcripción de las conversaciones, sino de verificar si la Ley o la jurisprudencia previa definían con claridad el procedimiento de transcripción. Se echa en falta una mayor motivación por parte del TEDH en este aspecto, teniendo en cuenta precisamente que el demandante se queja de la ausencia de un intérprete jurado en las transcripciones de las conversaciones en lengua extranjera, así como de la no participación del secretario judicial en la verificación de dichas transcripciones. Del auto de 1992 no se desprende una regulación clara sobre el procedimiento de transcripción de las conversaciones grabadas<sup>49</sup>. Cabe decir también que,

<sup>48</sup> En este sentido, la STS 956/1994, de 9 de mayo, precisa que el Juez no puede mantener la medida de forma indiscriminada e ilimitada, sino sólo el tiempo estrictamente indispensable para el buen resultado de la investigación, ya que, en caso contrario, la medida devendría desproporcionada e ilegal.

<sup>49</sup> Comparar, por ejemplo, con la legislación procesal francesa modificada tras las SSTEDH *Kruslin* y *Huvig*. El art. 100-4 del *Code de procédure pénale* prevé que el juez de instrucción o el oficial de la policía judicial designado por aquél establezca en un acta todas las operaciones de interceptación, mencionando la fecha y la hora tanto del inicio como del fin de la intervención. Las cintas quedarán selladas. El art. 100-5 CPP establece que las conversaciones en lengua extranjera serán transcritas en francés con la asistencia de un intérprete.

aunque la jurisprudencia posterior ha ido desarrollando las garantías relativas a la transcripción de las escuchas por parte del Secretario judicial<sup>50</sup>, el TC considera que todo lo relativo a la selección, transcripción, traducción e incorporación a las actuaciones del resultado de la intervención practicada no forma parte del contenido esencial del art. 18.3 CE, sino más bien del art. 24 CE<sup>51</sup>. Por último, en cuanto a la destrucción de las cintas, nada se dice, en el auto del TS de 1992, sobre la procedencia de la misma en caso de sobreseimiento o puesta de libertad del afectado. Sólo se menciona la necesaria destrucción de las cintas y de su transcripción, en presencia de las partes y del Secretario judicial, pero como consecuencia de la nulidad de la prueba obtenida a través de las escuchas telefónicas<sup>52</sup>.

Por ello, pensamos que el TEDH podría haber desarrollado más estos puntos en una sentencia de no violación sobre el fondo y no en una decisión de inadmisibilidad. Y si su intención era declarar, de una vez por todas, que la jurisprudencia española actual (posterior a las escuchas y ampliamente citada en la decisión) reúne todos los requisitos necesarios para adecuarse al art. 8 CEDH, el Tribunal podría incluso haber concluido que dicha evolución –ya en la línea del CEDH– se había producido con posterioridad a los hechos del caso, y, en consecuencia, haber pronunciado una sentencia condenatoria.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La decisión *Coban* presenta un interés particular desde el punto de vista de la interacción entre el TEDH y los tribunales españoles, pero también desde el ángulo de las relaciones entre el TEDH y el legislador español. Por un lado, pone de manifiesto la creciente interacción –no sólo unidireccional– entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales españoles, en especial el TC. En este sentido, la progresiva recepción de la doctrina de Estrasburgo por parte de los tribunales nacionales, gracias al mandato del art. 10.2 CE, ha permitido suplir las preocupantes carencias de nuestra legislación procesal sobre intervención de las comunicaciones telefónicas. Y la consecuencia de todo ello es que el TEDH ha decidido, finalmente, considerar que la jurisprudencia española, e indirectamente su propia jurisprudencia, incorporada como fuente material de inspiración, reúne los requisitos materiales

<sup>50</sup> Véase la STS 1448/1997, de 24 de noviembre o la STS 1075/1998, de 23 de septiembre, que se refieren al Secretario judicial como «protagonista de la legalidad». En efecto, el Secretario, o bien procede a la transcripción mecanográfica del contenido de la cinta bajo su fe judicial, o bien, si se recibe esta transcripción ya efectuada por la policía, debe llevar a cabo la comprobación y cotejo de la exactitud de esta transcripción.

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, la STC 49/1999, F. 13, o bien la decisión de inadmisión del recurso de amparo del demandante en el presente caso, de 25 de febrero de 2002 (reproducida parcialmente en la decisión del TEDH).

<sup>52</sup> Sobre este aspecto, el art. 100-6 del CPP francés prevé que las grabaciones sean destruidas, a instancias del ministerio fiscal, una vez haya transcurrido el plazo de prescripción de la acción pública. Se consignará en un acta dicha operación de destrucción.

de una «Ley» a efectos del art. 8.2 CEDH en el ordenamiento español. Ahora bien, no hay que olvidar las distintas aproximaciones conceptuales de ambos tribunales, sobretodo en lo que se refiere al carácter autónomo de la violación del derecho al secreto de las comunicaciones por la falta de previsión legal, que lleva al TC a separarse de las consecuencias que extrae el TEDH y a considerar que la ausencia de «Ley» puede ser subsanada *ex post facto* en el caso concreto<sup>53</sup>. También cabe prever que esta divergencia perderá toda su importancia a partir de la decisión *Coban*, ya que el TEDH ya no podrá constatar más violaciones del art. 8 por falta de previsión legal de las escuchas telefónicas (siempre y cuando éstas se hubiesen realizado después de 1992)<sup>54</sup>, aunque las diferencias siempre podrán surgir cuando ambos tribunales enjuicien la proporcionalidad de la medida.

Por otro lado, a las complicaciones derivadas del diálogo entre tribunales, hay que añadir la pasividad del legislador español y los efectos que la decisión *Coban* puede tener al respecto. Ante la incapacidad del TC para incitar al legislador a remediar las insuficiencias en la Ley española, pese a sus repetidos llamamientos<sup>55</sup>, cabe esperar que la decisión del TEDH no sea interpretada por las autoridades españolas como un espaldarazo a la omisión del legislador. Si bien convalida la jurisprudencia española desde el punto de vista del Convenio, el TEDH advierte en su decisión que una modificación legislativa –incorporando los principios de su jurisprudencia– sería deseable. Además, no podemos olvidar que el Convenio, o la interpretación que de él da el TEDH, no puede ser obstáculo para aplicar estándares de protección más elevados a nivel interno, de acuerdo con el art. 53 CEDH. En efecto, la incorporación en la Ley procesal española de las garantías del art. 8 CEDH respondería a la necesaria habilitación legal exigida por la CE, lo que permitiría al mismo tiempo prevenir violaciones concretas del derecho al secreto de las comunicaciones que sin duda son consecuencia indirecta de la falta de precisión en la ley. De esta manera, la reglamentación española de las escuchas telefónicas se alinearía por fin con las legislaciones de otros países europeos, cuyo legislador se ha mostrado mucho más receptivo a la voz de Estrasburgo<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Por lo que se puede hablar de «acatamiento parcial –no pleno– de las sentencias de Estrasburgo». Vid. RIPOL CARULLA, S., *Las relaciones entre el sistema europeo de protección de derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atelier, 2006.

<sup>54</sup> A menos que se planteen cuestiones nuevas relativas a la ausencia de regulación de un aspecto concreto en la jurisprudencia española.

<sup>55</sup> STC 184/2003, F. 7: «(...) esta situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo más breve posible».

<sup>56</sup> Por ejemplo, en Francia, tras las sentencias condenatorias *Kruslin* y *Huvig* de 1990, una Ley sobre el secreto de la correspondencia emitida por vía de las telecomunicaciones introdujo las garantías señaladas con anterioridad en el art. 100 del *Code de procédure pénale* (Ley de 10 de julio de 1991). Para R. ERRERA, «La leçon dispensée sur les bords du Rhin fut vite entendue sur les rives de la Seine», Vid. ERRERA, R., «Les origines de la loi française du 10 juillet 1991 sur les écoutes téléphoniques», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 14, 2003, pgs. 851-870.