



REPÚBLICA DE EL SALVADOR  
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA  
ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL  
"DR. ARTURO ZELEDÓN CASTRILLO"



## CURSO

# "LAS INTERVENCIONES EN LAS COMUNICACIONES

## MATERIAL DE ESTUDIO REQUISITOS CONSTITUCIONALES DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS (SEPARATA No.2)

**AUTOR: CARLOS ALBERTO CARBONE\***

**ÁREA DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL**

---

\* *Títulos:* Abogado, Doctor en Derecho (UNR), Profesor Universitario (UAI). *Docencia Universitaria de Grado:* Facultades de Derecho: UNR, UCA y UAI: "Derecho Procesal I y II" y "Derecho Penal". *Docencia Universitaria de Posgrado:* UNR, USA, UCA Rosario, UAI Rosario, UNL, UNT, Austral Buenos Aires, UCA Paraguay: "Derecho Penal", "Especialización en la Magistratura en Derecho Procesal, en Derecho de Daños". *Capacitador en el Poder Judicial:* Federal (sedes Entre Ríos y Tucumán) y Provincial (Santa Fe, Jujuy). Director Académico de la Diplomatura en pericias judiciales del Centro de Capacitación del Poder Judicial de Santa Fe, sede Rosario. Magistrado Penal. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario

## CAPÍTULO I

### SUMARIO:

I. La intervención de las comunicaciones: acepciones e implicancias. 1. El novedoso caso de los mensajes de texto y procedimientos para imponerse de su contenido. 2. ¿Intervención es lo mismo que obtener un listado de llamadas? II. Requisitos de las intervenciones telefónicas. III. Trascendencia del estudio de los requisitos constitucionales; graves consecuencias de su incumplimiento. IV. Requisitos procedimentales.

### LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES: ACEPCIONES E IMPLICANCIAS

El procedimiento de la intervención de las comunicaciones generalmente abarca diversos procedimientos como la observación, la intervención y la interceptación, por lo cual trataremos de distinguir los diversos cometidos y tratar de dar una noción del fenómeno.

"Observar" es examinar atentamente y en materia de las comunicaciones permite *escuchar* el contenido de lo hablado conociendo a sus interlocutores<sup>1</sup>, aunque el contenido permanece secreto<sup>2</sup>; es por otro lado un término usado por el Estado argentino al crear la Oficina de "Observaciones Judiciales" para denominar al ente que tiene el monopolio oficial respecto de estas operaciones según la Ley de Inteligencia del Estado y que depende de la Secretaría Nacional de Inteligencia<sup>3</sup>.

Resulta entonces que el concepto de observación de las comunicaciones es privativo de las efectuadas por medios técnicos sobre las conversaciones telefónicas y las comunicaciones orales entre personas presentes, procedimiento que en la práctica lo cumplen los policías si se trata de conversaciones telefónicas, aunque la grabación de lo escuchado es la única forma de incorporarlo al proceso como medio de prueba<sup>4</sup>.

Intervenir significa vigilar con autoridad y agrega a la observación la toma del contenido de las conversaciones<sup>5</sup>, en un soporte físico con factibilidad de ser reproducidas posteriormente.

Interceptar comprende dos conductas distintas: impedir las comunicaciones telefónicas de una persona por cualquier medio que se realice y, sobre todo, la más tradicional y más usual "escucha telefónica, es decir la actividad de tomar conocimiento de las comunicaciones que otra personas mantienen privadamente entre sí a través del teléfono"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> MONTÓN REDONDO, Alberto, *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas*, en *Revista Jurídica Española La Ley*, t. 1995-4, p. 1046.

<sup>2</sup> LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, Jacobo, *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Akal, 1989, p. 194.

<sup>3</sup> Ley 25.520, Art. 21: Créase en el ámbito de la Secretaría de Inteligencia la Dirección de Observaciones Judiciales (DOJ) que será el único órgano del Estado encargado de ejecutar las interceptaciones de cualquier tipo autorizadas u ordenadas por la autoridad judicial competente.

Art. 22. Las órdenes judiciales para la interceptación de las comunicaciones telefónicas serán remitidas a la Dirección de Observaciones Judiciales (DOJ) mediante oficio firmado por el juez, con instrucciones precisas y detalladas para orientar dicha tarea.

El juez deberá remitir otro oficio sintético, indicando exclusivamente los números a ser intervenidos, para que la DOJ lo adjunte al pedido que remitirá a la empresa de servicios telefónicos responsable de ejecutar la derivación de la comunicación.

Los oficios que remite la DOJ y sus delegaciones del interior a las *empresas de servicios telefónicos*, deberán ser firmados por el titular de la Dirección o de la delegación solicitante.

<sup>4</sup> LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Cóllex, Madrid, 1991, ps. 37 y 49.

<sup>5</sup> LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, ob. Cit., p. 194; MONTÓN REDONDO, *Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas cit.*, p. 1046; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, *Las escuchas telefónicas en la experiencia judicial*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, N° 14, p. 82.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, *Escuchas clandestinas realizadas por funcionarios públicos*, en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1986, t. VII, p. 107.

También refiere a cualquier forma de aprehensión de una comunicación ajena y por lo tanto abarca tanto la intervención como la observación con el contenido que antes se le dio<sup>7</sup> y que por otra parte utiliza el Código Procesal Penal italiano en sus artículos 266 y siguientes.

La mayoría de la doctrina nacional a veces utiliza la expresión "intervención"<sup>8</sup>, prefiriendo otros la palabra "escuchas"<sup>9</sup> o "interceptación"<sup>10</sup>

El artículo 236 del CPN, al igual que el de muchas provincias, se refiere a "intervención de comunicaciones telefónicas"; "interceptación" utiliza el artículo 232 del CPPSF.

Se intercepta porque se impide que la cosa transmitida por correspondencia llegue a su destino. Aquí el vocablo se compadece tanto en su acepción jurídica como etimológica<sup>11</sup>.

Por esto el legislador nacional, en principio, advirtiendo esta característica de corporeidad de la correspondencia dejó el vocablo "intervención" para la circunstancia por la cual se tome conocimiento de la conversación telefónica que como ya vimos posee como nota esencial la fugacidad y la incorporeidad: sólo son sonidos vertidos en el tiempo y en el espacio, no una cosa material susceptible de ser transportada, como una carta.

Utilizamos *intervención* por simple comodidad jurídica, designando una actividad de interposición de carácter técnico desarrollada entre los interlocutores de una conversación, que si se trata de aparatos telefónicos, fijos, inalámbricos o móviles, podrá comprender sólo la observación y/o la inmovilización de la conversación mediante su registro por medio idóneo: grabación, pudiendo en cualquier caso producir la inmovilización de la comunicación mediante cualquier forma de registro; incluye la palabra "escucha" como posibilidad de que uno de los comunicantes esté enterado de la grabación.

La intervención puede ser escuchar, grabar —en el caso de que no se quiera que los funcionarios sólo se impongan de su contenido— o grabar y escuchar según las modalidades que el caso concreto pueda aconsejar y el juez disponer, si se trata de procedimientos judiciales, o elija utilizar cuando se trate de particulares, y comprende además las comunicaciones vía fax, télex, Internet, correo electrónico, etcétera<sup>12</sup>.

## **1. EL NOVEDOSO CASO DE LOS MENSAJES DE TEXTO Y PROCEDIMIENTOS PARA IMPONERSE DE SU CONTENIDO**

<sup>7</sup> LÓPEZ. BARRIA DE QUIROGA, ob. p. 195. ILLUMINATI, Giulio, La disciplina processuale delle intercettazioni, Giuffrè, Milano, 1983, ps. 226 y ss., donde el autor efectúa un amplio análisis de la terminología empleada en la materia.

<sup>8</sup> GARCÍA, Luis M., La intervención de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones en el Código Procesal Penal de la Nación: un cheque en blanco para espiar nuestra vida privada, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, N° 6, 1997, p. 404. SÁEZ CAPEL, José, El derecho a la intimidad y las intervenciones telefónicas, en J. A. 1998-111-643. D'ALBORA, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación; LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 509, por citar algunos ya que el resto se mencionarán en el curso de esta investigación.

<sup>9</sup> SIVO, Cesar Raúl, *Garantías, de regreso a casa*, en L. L. 1997-A-731.

<sup>10</sup> TAPIA, Juan Francisco, Interceptación de comunicaciones privadas en el proceso penal: cuando la ley "olvida" las garantías, en E. D. 2000-II.

<sup>11</sup> Art. 234, CPPN: "Intercepción de correspondencia. Siempre que lo considere útil para la comprobación del delito el juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intercepción y el secuestro de la correspondencia postal o telegráfica o de todo otro efecto remitido por el imputado o destinado a éste, aunque sea bajo nombre supuesto". Art. 235. "Apertura y examen de correspondencia. Secuestro. Recibida la correspondencia o los efectos interceptados, el juez procederá a su apertura en presencia del secretario, haciéndolo constar en acta. Examinará los objetos y leerá, por sí, el contenido de la correspondencia. Si tuvieren relación con el proceso, ordenará el secuestro; en caso contrario, mantendrá en reserva su contenido y dispondrá la entrega al destinatario, a sus representantes o parientes próximos, bajo constancia". Art. 236.

"Intervención de comunicaciones telefónicas. El juez podrá ordenar, mediante auto fundado, la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación del imputado, para impedir las o conocerlas".

<sup>12</sup> CARBONE, Carlos Alberto, *Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 102.

En el reciente fallo de la Cámara de Apelaciones de Santa Fe, a raíz del secuestro de un teléfono celular al imputado de una extorsión, la policía, sin orden del juez instructor, según la defensa, efectuó "pericias" sobre el mismo, pidiéndose su nulidad por considerarlas definitivas e irreproducibles, extremo que fue desechado por el tribunal<sup>13</sup>.

Pero tuvo por cierto que los mensajes de texto enviados y recibidos por vía telefónica celular tienen idéntico carácter, que los *e-mails*, es decir, correspondencia epistolar, por lo que gozan de las mismas garantías que la correspondencia privada. Deben aplicarse para su conocimiento las disposiciones específicas del Código Procesal Penal de Santa Fe, que en sus artículos 232 y 233, establece un riguroso procedimiento que, en autos, no se ha respetado, por lo que debe declararse la nulidad del informe técnico y la prueba que de él derive.

"Tal actividad es de carácter restrictivo, toda vez que la protección de la intimidad es de origen constitucional. De allí que el digesto procesal haya establecido formas especiales para la realización de medidas del tipo de las ordenadas, previstas en los artículos 232 y 233 del Código Procesal Penal.

"La mayoría de los Estados modernos han ampliado la protección de la correspondencia postal a las nuevas tecnologías. Así, la telegráfica, los fax, los correos electrónicos, admitiendo algunas constituciones extranjeras, la protección de las comunicaciones de cualquier tipo (Nicaragua) o a toda forma de comunicación privada (Chile).

"«Como se podrá apreciar, existen ordenamientos jurídicos que prevén, en la actualidad, no solamente la protección de los datos 'personales' o 'privados', sino que, además, legislan sobre la probabilidad de su disposición, mediante el uso de redes de telecomunicaciones, tan frecuentes en la actualidad» (Nóbile, Lisandro E., *Nuevas formas de intromisión en la vida privada, en Anales de Legislación Argentina* 2005-C-3589).

"La histórica justificación de la protección del correo postal de la antigüedad se encontraba en la necesidad de generar confianza en el remitente, para que utilizara este medio de comunicación que fue y sigue siendo tan útil para el desarrollo de la humanidad (arts. 18 de la Constitución Nacional y 10, 2° párrafo, de la Constitución de Santa Fe).

"Al respecto, es sumamente ilustrativo lo que decía Sarmiento en su *Comentario a la Constitución de la Confederación Argentina*: 'es preciso que los ciudadanos de un país se crean tan seguros en el uso de la estafeta pública que miren como no emanados de su mente sus pensamientos mientras los renglones que los estampan estén bajo el frágil pero inviolable sello de una carta y no haya llegado ésta a la persona a quien se transmite [...] Los países que más prósperos marchan, son los que más religioso respeto tienen por esta institución'.

"Hoy, la evolución tecnológica ha llevado a las constituciones y leyes extranjeras a la doctrina y jurisprudencia, tanto de otros países como del nuestro, a enriquecer el concepto y ampliar la protección de la intimidad a otros medios que fueron desarrollándose en el vertiginoso avance de la ciencia y su proyección técnica.

<sup>13</sup> El fallo claramente desmiente que la llamada peritación de los celulares que la defensa ataca, sea tal; en realidad no se trata de una pericial en sentido estricto, sino de una verificación técnica para lo que es necesario la intervención de expertos con conocimientos específicos en la materia, que realizan una actividad de constatación que no requiere la emisión de una opinión técnica.

"Por ejemplo, se ha sostenido que tan difundido *e-mail* de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etcétera; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema [...] Corresponde equiparar —a los fines de la protección de los papeles privados y la correspondencia prevista en los artículos 153 al 155 del Código Penal— al correo electrónico —*e-mail*—, con el correo tradicional, dado que aquél posee características de protección de la privacidad más acentuada que la inveterada vía postal, en tanto que, para su funcionamiento, se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que, a través del mismo, puedan emitirse o archivarse...' (CNCCorr., sala VI, 'Lanata, Jorge', L. L. 1999-C-458; L. L. 1999-E-70, con nota de Marcelo A. Riquert).

"En el mismo sentido, puede observarse que los mensajes de texto enviados y recibidos por vía de telefonía celular tienen idéntico carácter, siendo el medio para enviarlos y recepcionarlos fruto de una nueva tecnología que mantiene el mismo carácter reservado y, en principio, 11 imposibilidad de que personas ajenas al destinatario pudieran imponerse del contenido de los mensajes y que, por tanto, también gozan de la protección constitucional de la correspondencia privada".

Se sostuvo en tal decisorio que los mensajes de textos entre teléfonos celulares: "son una forma de expresarse de manera privada, poseen un destinatario único o plural, pero preestablecido —no es una comunicación al público en general—, y para acceder al texto hay que estar en posesión del teléfono celular, lo que también impide que terceros extraños puedan inmiscuirse en ellos, justificando su protección legal ante una ilegal intromisión".

En consecuencia, se resolvió que la omisión de efectuar, en este caso, el procedimiento establecido para la apertura de la correspondencia, en relación a los mensajes de texto de los teléfonos celulares secuestrados, constituye una violación suficientemente grave a la garantía constitucional consagrada, que incluye la reserva absoluta sobre todos los escritos privados que no tengan relación con el hecho investigado y que "la actividad de explicitar llamadas entrantes y salientes y los mensajes de texto de los celulares secuestrados llevada a cabo por la autoridad policial, no cumpliendo lo específicamente normado por el Código Procesal Penal y constituye un vicio invalidante de ese procedimiento que implica `...la violación de normas constitucionales...' (Segundo párrafo del artículo 164, Código Procesal Penal) y como dicha inobservancia importa una violación del debido proceso legal, conforma una nulidad que debe ser declarada, aun de oficio, en cualquier estado y grado del proceso"<sup>14</sup>.

## **2. ¿INTERVENCIÓN ES LO MISMO QUE OBTENER UN LISTADO DE LLAMADAS?**

Creemos que es de extrema importancia precisar bien los términos, puesto que cuando los fiscales en un proceso penal han requerido a las empresas de telecomunicaciones un listado de llamadas, se les ha objetado su cometido por entender que éste es propio de los jueces, conforme lo marcan los códigos procesales penales al regular las intervenciones de las comunicaciones telefónicas.

Sin embargo se ha resuelto que una intervención telefónica no es lo mismo que pedir un listado de abonados.

<sup>14</sup> CPen. de Santa Fe, sala 3', 20-9-2006. "D. P., M. A. s/Recurso apelación procesamiento" (Suárez-Estrada-Rondina), publicado en el boletín Zeus N° 8162, del 9-4-2007 y portal de la EditoriaFZeus, www.editorial-zeus.com.ar, Sección Colección Zeus-Jurisprudencia, documento N° 007606.

En este sentido se dijo que • *intervenir* es para el Diccionario de la Lengua vigilar la autoridad una comunicación privada, y no es lo mismo solicitar una escucha telefónica que pedir por oficio a empresas prestadoras del servicio telefónico la confección de un listado de llamados y la titularidad de sus abonados que poseen archivados en sus registros. A todo evento se tratará del paso previo para la solicitud a la que alude el artículo 229 del Código Procesal. El fiscal puede querer saber a quién o a quiénes pertenecen determinadas líneas telefónicas y esta medida no puede considerarse como una intervención ni una interceptación de las comunicaciones o de la correspondencia, supuestos éstos en los que sí se requiere autorización del juez<sup>15</sup>.

## **II. REQUISITOS DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS**

Distinguimos requisitos constitucionales de los procesales. Va de suyo que esta obra abarcará sólo los primeros. Para mejor comprender podemos dividir en tres etapas básicas: la intervención telefónica: a) la decisión judicial; b) la ejecución generalmente policial de esa orden, y c) la incorporación de lo actuado al proceso.

En este grupo encasillamos aquellos recaudos que deben observarse en una etapa anterior y concomitante con la misma resolución que la ordena, pero que también incluye a la existencia de la propia resolución judicial y a la forma con que la policía realiza la intervención (por ejemplo si se extralimita, exorbita el plazo, etc.).

Su vulneración genera la nulidad de la prueba y de las que directa o indirectamente derivasen de ella<sup>16</sup>, sin perjuicio de que se salven otros extremos restantes de la investigación siempre que sea posible su desconexión causal entre unas y otras<sup>17</sup>. Aquí el control judicial en el desarrollo y cese de la medida es fundamental.

En este caso de ataque a los principios constitucionales es posible que sólo juegue la intervención como medio de investigación policial y judicial a los fines de la instrucción de la causa<sup>18</sup>. No tendría relevancia en este aspecto el estado virgen o no del soporte de grabación o filmación por sí solo.

Contrariamente, si se reúnen estos requisitos, sin duda que la intervención telefónica ordenada en la instrucción tendrá idoneidad para servir de prueba en el juicio oral.

Los restantes requisitos tienen relación con la tercera etapa: la agregación de los resultados de la intervención telefónica al proceso una vez terminada, que va desde la propia instrucción hasta el juicio oral donde este tema adquiere su especial relevancia. Se refiere a aquellos que es dable exigir en forma posterior a la realización de las medidas, que se relacionan con el procedimiento seguido, es decir con una suerte de legalidad ordinaria<sup>19</sup>.

Si se ataca alguna diligencia en este tramo podrá afectarla a ella sin que necesariamente contamine a las restantes. Así, si se cuestiona la exactitud de la transcripción con éxito, no significa que afecte la grabación misma ni la escucha posterior a la lectura de las transcripciones. Pueden entonces impedir

<sup>15</sup> CApel. de Gral. San Martín, sala II, 30-11-2004, *in re* "Carral", causa 1780.

<sup>16</sup> SSTS del 8-7-97; 24-11-97; 2-2-98.

<sup>17</sup> STS del 6-10-95.

<sup>18</sup> Es lo que se desprende de la STS del 27-10-93.

<sup>19</sup> MONTERO AROCA, Juan, *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 19 y 20.

o limitar la utilización del resultado de la intervención o de una modalidad de la misma pero nunca retrotraer para dañar la licitud constitucional que incluso hará que su contenido ofrezca vías de investigación por otros medios que se derivarán directamente de lo escuchado<sup>20</sup>.

En este sentido se produce una suerte de matización cuando no se afecte un derecho fundamental sin perjuicio de destacar que aquí también algunas normas fundamentales como la debida defensa pueden vulnerarse en el tramo procedimental, verbigracia si nunca se le hacen oír al afectado.

### **III. TRASCENDENCIA DEL ESTUDIO DE LOS REQUISITOS CONSTITUCIONALES; GRAVES CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO**

Las condiciones para que la intervención no vulnere las garantías constitucionales, para que a la medida no le falte el grado mínimo de protección legal exigido por "la supremacía del Derecho en una sociedad democrática"<sup>21</sup>, configuran los requisitos constitucionales.

#### **Podrían enumerarse como:**

- 1) Requisito de legalidad imperioso la existencia de una ley específica que legitime las intervenciones.
- 2) Orden del juez, como figura garante del sistema democrático a la hora de ordenar la restricción de derechos consagrados constitucionalmente.
- 3) Que este juez sea competente en razón de la materia, territorio, personas, etcétera, como límite y medida de la jurisdicción ejerciendo un debido control de la ejecución.
- 4) Debida fundamentación de la orden, si bien no es un requisito *constitucional nacional de toda resolución judicial como sí lo* hace el artículo 95 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe<sup>22</sup> porque se trata de pronunciamientos judiciales que coartan el ejercicio libre de derechos fundamentales como el derecho a la comunicación que más arriba expusimos. Se debe tener y referir la causa al afectado por la cual se le restringe ese derecho<sup>23</sup>. Se complementa con otro principio constitucional que es la intervención indiciaria: indicios graves: es necesario que esa existencia de delitos se base en indicios graves, en sospecha bastante, en la medida en que se exige la acreditación fáctica del hecho en un auto de procesamiento o prisión preventiva o para fundar la acusación (depende del sistema procesal), pero no en el grado de probabilidad de la autoría del sujeto afectado porque ello recién puede nacer luego de haberlo escuchado y rendir una calidad importante de pruebas ni mucho menos que sean idóneas para alcanzar una certeza que sólo pueda dar la sentencia.
- 5) Principios de especialidad y proporcionalidad en la medida ordenada: tiene que ver con algo básico suficientemente investigado dado por la existencia de una ley que consagre la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones y que la misma tenga lugar cuando la gravedad de los delitos la justifique y durante un tiempo determinado<sup>24</sup>. La proporción significa la relación que tiene que darse entre la limitación constitucional al secreto de las comunicaciones y la necesidad o trascendencia

<sup>20</sup> SSTS del 8-11-94 y 2-2-98.

<sup>21</sup> TEDH caso "Kruslin", del 24-4-90, frase reiteradamente expuesta en sus fallos.

<sup>22</sup> Art. 95, CSF: "Las sentencias y autos interlocutorios deben tener motivación suficiente, so pena de nulidad".

<sup>23</sup> STC del 14-5-87.

<sup>24</sup> STC del 17-1-94.

social para justificar esa mengua a la garantía constitucional. En palabras del TEDH significa la "satisfacción de una necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida"<sup>25</sup>:

a) El injusto a investigar: Se debe tener una mínima seguridad de que lo que estamos investigando es un delito<sup>26</sup>, consumado o en cualquier etapa de ejecución; a nuestro juicio no importa que a esa altura de la investigación sea un acto preparatorio, lo que sí importa es que se pueda determinar qué delito se está preparando. Con esto referimos que son de grave cuestionamiento constitucional aquellas investigaciones que tiendan al descubrimiento genérico de delitos "o ilícitos"; para utilizar algunas expresiones policiales, eso de ir "a la pesca de algún delito".

No importa tanto la calificación sino el hecho en sí que se presume delictivo, que puede caer en una u otra figura, verbigracia, privación de libertad o secuestro extorsivo, amenazas coactivas o extorsión, etcétera.

b) Insustitubilidad de la medida: que sea realmente uno de los pocos medios disponibles para investigar un delito a riesgo de perder datos esenciales de la investigación si no se dispone la investigación.

6) Control judicial de la investigación: es importante que el juez no se desentienda de la medida que se está ordenando, que dé instrucciones precisas para que la medida no se malogre por la conducta de los funcionarios que la están practicando.

Las consecuencias de no cumplir con los requisitos constitucionales ut supra referidos, y en consecuencia conculcando la intervención de las comunicaciones telefónicas y el artículo 18 de la Constitución Nacional, han sido puestas de resalto claramente por la jurisprudencia española que encuentra consagrado expresamente el secreto de las comunicaciones telefónicas en su Constitución, mediante el artículo 18.3, lo que significa "la prohibición de valoración de los resultados probatorios directos que se incorporasen al proceso como medio autónomo de prueba, bien por sí mismos —audición de las cintas en la vista oral—, bien a través de su transcripción mecanográfica —como documentación de un acto sumarial previo—, bien a través de las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica una ignorancia de las garantías propias del proceso, pues constituye una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes del juicio y en definitiva de su contradicción con la idea de 'proceso justo' (STC 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4).

"A ello se ha de añadir que la determinación de lo que es útil al proceso ha de hacerse por el juez, pero con la participación de las partes, siendo posible que las irregularidades cometidas con posterioridad a las intervenciones practicadas, como pudieran ser las relativas a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales, y a la transcripción de su contenido, afecten a las garantías de control judicial y contradicción propias del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2, CE) hasta el extremo de convertir las grabaciones o su transcripción en prueba no

<sup>25</sup> STEDH de 7-12-76, "Handyside"; 26-4-79, "The Sunday Times"; 21-6-88, "Barrehab".

<sup>26</sup> STS del 6-10-95 que elabora esta lista que seguimos de algún modo.

válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 13; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 9; 82/2002, de 22 de abril, FJ 6).

"Pues bien, si las grabaciones resultantes de la intervención de las comunicaciones telefónicas se incorporaron al proceso por medio de su transcripción mecanográfica y de la audición de ciertos fragmentos en el acto de la vista oral, dicha prueba de cargo no puede tenerse como prueba constitucionalmente lícita.

"En tales circunstancias, los imputados nunca tuvieron la oportunidad de conocer los términos de las grabaciones desechadas, quedando así en una situación de desequilibrio procesal, de manera que resultaron afectadas de forma definitiva y relevante, esto es, materialmente, las elementales exigencias del derecho de defensa y contradicción que imponen que con intervención de los afectados se incorporen a las actuaciones como elemento de debate y eventualmente de prueba, todos aquellos pasajes que se consideren precisos para sustentar las diversas hipótesis —acusatorias, de defensa— que se contraponen en la investigación para así posibilitar equitativamente el debate previo a la apertura del juicio oral y finalmente el desarrollo del propio juicio (STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 13)", máxime si la sentencia impugnada se sostuvo exclusivamente en el resultado de la intervención de las comunicaciones telefónicas y "no ponderaron otras pruebas constitucionalmente legítimas, distintas de las directamente derivadas de las escuchas, por lo que debemos concluir que no hubo prueba de cargo lícitamente obtenida en la que se justificase la condena y de este modo aquellas sentencias lesionaron, igualmente, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2, CE) sosteniendo en suma que las sentencias de la Audiencia Provincial de Logroño y del Juzgado de lo Penal N° 1 de Logroño desconocieron los derechos al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3, CE)"<sup>27</sup>.

#### **IV. REQUISITOS PROCEDIMENTALES**

Estas exigencias se relacionan con la concurrencia de vicios o defectos a partir de la incorporación de los resultados de la grabación al proceso y se producen en el modo de diligenciar y producir la medida de intervención de las comunicaciones constitucionalmente aptas ya ordenadas; a saber: selección de las conversaciones, todos los avatares surgidos con la transcripción de lo grabado, como la correspondencia entre ambas, certificación, audición al afectado, audición en la audiencia oral —sin perjuicio de que su omisión repercuta en la garantía del debido proceso según el caso concreto—; modo de determinar la autenticidad de la voz inculpada respecto del afectado, pericia rendida para determinar si la cinta no ha sido "montada", determinar la autenticidad de la voz o características de la misma, timbre, modulación, etcétera.

Estas irregularidades posteriores a la adquisición de los datos y conversaciones vertidos en el ámbito sociológico y conocido en el proceso por las grabaciones puede ser introducido al juicio oral como elemento de convicción por otras pruebas como la prueba testimonial de los funcionarios que efectuaron las grabaciones y escucharon las voces y también objeto de prueba por otros medios que legítimamente puedan acceder al juicio oral<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> STC 205, de 11-11-2002, *in re* "Recurso de amparo núm. 1469/99, promovido por don Tornas López Alonso".

<sup>28</sup> STC de 2-12-97.