



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

LA EJECUCIÓN DEL ACTO DE INJERENCIA: EL CONTROL JUDICIAL DE LA MEDIDA

OBRA

**LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS
(SEPARATA No.4)**

AUTOR: JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

LA EJECUCIÓN DEL ACTO DE INJERENCIA: EL CONTROL JUDICIAL DE LA MEDIDA

1. La protección constitucional del secreto de las comunicaciones en la fase de desarrollo de la intervención; el control de constitucionalidad frente al control de legalidad ordinaria

Si bien la cuestión sobre el valor probatorio del contenido de las grabaciones cuya definición o ejecución se haya de reputar ilícita va a ser tratada en un capítulo independiente, estimamos adecuado realizar una breve sinopsis de los distintos niveles de control que competen al Tribunal Constitucional y a los órganos de la jurisdicción penal en cuanto se refiere a la ejecución del acto de injerencia sobre el secreto de las comunicaciones del investigado, pues de ellos se derivarán consecuencias trascendentales en orden al posicionamiento sobre qué debe entenderse imprescindible en tan importante fase de desarrollo en tal actuación.

Por poco que ahondemos sobre la Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los condicionantes de la constitucionalidad de las intervenciones telefónicas en su fase de ejecución de la medida podremos comprobar que la cúspide de toda su dinámica vuelve a estar presidida por el esencial principio de proporcionalidad; proporcionalidad que ejercita su imperio por medio de la técnica de la garantía del estricto cumplimiento por la unidad policial habilitada de los condicionantes impuestos en la resolución autorizante (cuyo diseño debe haber nacido al abrigo del mismo principio), a la vez de por la imposición al órgano autorizante de un especial deber de control efectivo sobre la misma dinámica; así lo entiende el Tribunal Constitucional en su célebre STC, Pleno, 49/1999, de 5 de abril, con cita de la STC 121/1998, de 15 de junio, en la cual se nos llega a decir que «...el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad». A tal conclusión se llega no sin antes expresar que la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones impone el respeto de «requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (SSTC 85/1994, FJ 3)»; la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de la diligencia de investigación (STC 86/1995, FJ 3), y que «el control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental dentro de los límites constitucionales (STC 49/1996, FJ 3)».

Tan es así que, a la hora de analizar las distintas esferas de la ilicitud por contrariedad a la salvaguardia del derecho al secreto de las comunicaciones de una determinada intervención, en sentencias como la STC 166/1999, de 27 de septiembre, se distinguen perfectamente categorías de ilegitimidad constitucional a nivel de la práctica de la injerencia en sí misma (exceso en el tiempo, investigación de personas no autorizadas, hechos diversos, o en general incumplimiento de las condiciones impuestas para su desarrollo), como a nivel de control de la ejecución de la medida por parte del Juez de Instrucción competente, lo que se desgrana en el incumplimiento del deber de seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica y el no conocimiento efectivo del resultado obtenido en la investigación.

A partir de tan sencillos parámetros el Alto Tribunal trata de forma más o menos parcial y tangencial cuestiones referentes a determinados aspectos del control como son, por ejemplo, el deber de conservación de las cintas, con su finalidad de servir de verdaderas pruebas en el acto del Juicio (STC 166/1999, de 27 de septiembre), la necesidad de selección de los pasajes relevantes para la causa,

garantías procesales en la confección y autenticación de las transcripciones (STC 49/1999, ya citada ...), etc.

Más allá de tales niveles de protección, la incidencia constitucional sobre la forma en la que se desarrolla el acto de injerencia se difumina, dejando paso al control de legalidad propio del Tribunal Supremo. Concordante hasta cierto punto con la postura del Tribunal Supremo que distingue lo que atiene a la trascendencia constitucional de la medida (afecta de nulidad si existe vicio), y a la ejecución en sí (que se relaciona con cuestiones de legalidad ordinaria), el Tribunal Constitucional, en su STC 14/2001, de 29 de enero, nos aclara que dentro del ámbito del análisis constitucional de la injerencia se encuentra no sólo la definición de cómo se haga el control judicial, su diseño, sino incluso también su propia dinámica; así, en su FJ 4; llega a concluir: «En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, n. forma parte de las garantías derivadas del art 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convenir h grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 121/1998 FJ 5; 151/1998 FJ 4 y 49/1999, FFIJ 12 y 13)».

El Alto Tribunal no entra, pues, a analizar la forma concreta en que se realice un determinado control judicial; sin embargo, su posición de garante del derecho a la tutela judicial efectiva (afectación de los derechos de defensa y contradicción principalmente, conforme al art. 24 de la Constitución), pero no sólo de ésta, sino también por imposición del propio principio de proporcionalidad de la medida, hacen que se establezca un verdadero segundo examen o control de constitucionalidad, por lo que realmente se adentra en lo que se considera por el Alto Tribunal como cuestión ajena a la protección del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución.

Por su parte, la STS 1717/1999, de 3 de diciembre, hace una clarificadora distinción entre lo que es la trascendencia constitucional, relacionada con la previsión y proporcionalidad de la medida, y la propia ejecución del control judicial, atinente tan sólo a la legalidad de su ejecución, y por ende a la forma y relevancia jurídica de su aportación al proceso como prueba: «El control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad¹. Pero no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo, sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado —entrega y selección de cintas, custodia de originales o transcripción de su contenido—, pues en tales casos la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones [...] se ha mantenido dentro de los límites de la autorización (en similares términos la STC 12/1988, de 1 de diciembre)». La misma línea es seguida por sentencias como la STS 672/2001, de 11 de abril, que vuelve a distinguir el diverso régimen de la ilicitud de raigambre constitucional, bajo el dominio del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del no debido cumplimiento de los requisitos propios de la validez probatoria del contenido de lo injerido, patología que según la STS 813/2001, de 14 de mayo, se tilda de «...irregularidad o nulidad procesal al no cumplirse las normas de este tipo en su ejecución,

¹ La cita es transcripción literal de anteriores sentencias del Tribunal Constitucional antes referidas como las SSTC 49/1999 y 121/1998.

valorables sólo (las irregularidades) a nivel de legalidad ordinaria y que afectan al ámbito probatorio y cuya nulidad no puede evitar acudir a otros medios de prueba».

El mimetismo a veces es tal que en ocasiones parece difícil distinguir qué resoluciones de los distintos Tribunales son las que sirven de referencia a las otras, como sucede en la STC 120/2000, de 16 de mayo, que distingue con claridad lo que es el defecto o vicio en la intervención de la escucha (su mecánica u operativa, dentro de cuyo concepto se incluye la determinación de plazos de control, recepción de cintas originales, cotejo de transcripciones por el Secretario Judicial, —incluso la sentencia no ve irregularidad alguna en la exclusión tanto de lo grabado como de lo transcrito de conversaciones manifiestamente irrelevantes para la causa—, motivación de las prórrogas...) de los simples defectos de su constatación o trasposición en el proceso, los cuales escapan del ámbito de la relevancia constitucional: «No pueden confundirse, en este sentido, los defectos producidos en la ejecución de una medida limitativa de derechos y aquellos otros que acaezcan al documentar o incorporar a las actuaciones el resultado de dicha medida limitativa, ni cabe pretender que uno y otros produzcan las mismas consecuencias. En concreto, no puede existir lesión del art. 18.3 CE, cuando, como ocurre en el presente caso, las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se refieren a la ejecución del acto limitativo sino a la forma de incorporar su resultado al proceso (por todas, SSTC 121/1998, de 15 de junio, y 151/1998, de 13 de julio)».

Pero este aparente mimetismo y talante conciliador quiebra cuando el Tribunal Constitucional hace uso de la técnica de analizar, aun dentro de parámetros de constitucionalidad, la regularidad procesal de la dinámica de la intervención telefónica en cuanto se refiere no sólo al estricto cumplimiento de los límites establecidos en la autorización y la actitud dinámica y garante del Juez de Instrucción, sino incluso en cuanto a la misma introducción del contenido y resultado de la grabación a las actuaciones penales, en tanto en cuanto las mismas puedan incidir en el principio de la validez constitucional de las pruebas aportadas al juicio. El Tribunal Constitucional llega en ocasiones a inmiscuirse a igual o inferior nivel que el propio Tribunal Supremo, en su función de determinar la existencia de pruebas inculpativas obtenidas con las debidas garantías procesales, analizando hasta el último detalle la forma y garantías con que se ha incorporado a la causa todo el material potencialmente probatorio derivado de las escuchas telefónicas.

Ésta ha sido la tesis mantenida entre otras por las SSTC 121/1998, de 15 de junio, 151/1998, de 13 de julio, y 49/1999, de 5 de abril, todas ellas citadas por la STC 126/2000 de 16 de mayo, en la cual, tras hacerse una previa alusión a la anterior doctrina definidora de los ámbitos constitucional y jurisdiccional del control de la licitud de la ejecución de la medida, se apostilla en el sentido de que todo ello se entiende por juicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada, no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (en el mismo sentido SSTC 121/1998, FJ 5; 151/1998, FJ 4; 49/1999, EFS 12 y 13),>. Ha sido precisamente la aplicación a los casos concretos objeto de análisis de esta quiebra del principio general de atribución competencial, el que ha creado radicales disgresiones en aspectos tales como la definición concreta del deber de control de la medida y su incidencia en la concesión de prórrogas, cual ha acontecido en el supuesto de hecho analizado en la STC 299/2000, de 11 de diciembre, sobre el que posteriormente incidiremos.

Como se ve, y llevando hasta sus últimas consecuencias la línea de apertura diseñada por el Tribunal Constitucional, podríamos llegar a la indefendible conclusión de que el único reducto que escaparía del control de la constitucionalidad de la medida, para adentrarse al estadio inferior de la eventual transgresión de la legalidad ordinaria, sería el de la posibilidad de utilización de los datos descubiertos en la escucha como línea de investigación, ante la premisa de una autorización lícitamente concedida.

2. Los requisitos de la fase de control judicial; el diseño de las funciones del Juez de Instrucción y Secretario Judicial

Si en un determinado aspecto de la actual regulación de la intervención de las comunicaciones la ausencia de un criterio común o constante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo llega a niveles realmente alarmantes, es precisamente en el desarrollo de los requisitos mínimos de la fase de control judicial, de tal suerte que su cumplimiento garantice que el contenido probatorio de lo grabado podrá tener su debida eficacia en el plenario. Pese a constantes intentos de conseguir un criterio más o menos común, las posiciones formalistas en su más agria imposición y las más laxas se contraponen no ya sólo por épocas o períodos más o menos definidos, sino de la forma más caprichosa o aleatoria, de suerte que, como veremos, en espacios de tiempo de poco más de dos meses se contraponen lis tesis más absolutamente contradictorias entre sí, sin que además se haga la más mínima referencia a las razones por las cuales se produce el cambio de criterio. Ante tal falta de definición, estimamos que lo correcto será, sin duda, delimitar las diversas corrientes, y en base a su exposición, o bien intentar definir cuál sea la corriente mayoritaria o la tendencia más claramente definida en la actualidad, o al menos establecer una posición personal sobre cada uno de los puntos de la discrepancia.

Generalmente los tratadistas o autores que han analizado el problema desde un punto de vista general establecen síntesis de su concepción de la fase de control más alineadas con las posturas formalistas más radicales del Alto Tribunal, salvo raras excepciones, de quienes intervienen más por su condición de prácticos del Derecho² que como tratadistas del mundo académico. Así, claro exponente de ello es la posición mantenida por GIMENO SENDRA³, quien tras exigir la intervención del Juez competente territorial y funcionalmente, reclama que éste habrá de disponer que por los miembros de la policía judicial o de la Compañía Telefónica o concesionaria, se proceda durante el plazo indicado en el auto a su intervención y grabación; realizado lo anterior define una tercera fase en la que el cuerpo policial habrá de facilitar la totalidad de los originales de las cintas magnetofónicas, y finalmente, con la intervención de todas las partes comparecidas en el proceso, ser transcritas en un acta bajo la fe del secretario judicial; curiosamente considera, con cita de las SSTS de 11 de octubre y 29 de junio de 1993, 7 de julio de 1997 y 18 de abril del mismo año, pese a compartir con sentencias como la STS 457/1997, de 12 de abril, la exigencia de la ineludible transcripción íntegra y en condiciones de efectiva contradicción del total contenido de lo grabado, que su eficacia probatoria depende de la audición en el plenario, al entender que su carácter de prueba documental, modalidad de documento sonoro, a la que tilda de peculiar acto de prueba

² En este sentido, HURTADO ADRIÁN, op. cit.

³ GIMENO SENDRA, V.: Los procesos penales...; op. cit., págs. 416 y 417.

⁴ Para la primera de las referidas sentencias «...las cintas grabadas... en la medida en que perpetúan determinados sucesos se rigen por las reglas propias de la prueba documental. De ello se deriva, al menos, dos consecuencias. En primer lugar que tienen que ser reproducidas en el juicio oral, y en segundo lugar que el Tribunal debe haber escuchado directamente las cintas en el juicio oral en forma completa, pues de lo contrario sólo habría tenido acceso a un documento incompleto...».

instructora anticipada, exige que para el estricto respeto a los principios constitucionales y procesales de inmediación, oralidad y contradicción se impone tal carga procesal a quien pretenda valerse de tal prueba; audición que en su caso deberá ser comprobada pericialmente en cuanto a la paternidad y autenticidad de lo grabado.

Por su parte, ESTRELLA Ruiz⁵, con cita de SOTO NIETO, entiende que 4-el control judicial abarca un triple frente: «En primer lugar, velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante, no admitiéndose ningún tipo de discrecionalidades en su ejecución. En segundo término, la escrupulosidad en la recepción del material grabado, garantizándose su autenticidad e integridad. Y, por último, la adopción de las medidas necesarias para la advertencia escrita de las grabaciones obtenidas y selección de cuanto pueda ser importante». A tal sintética definición, que se hace desde el punto de la función directora y tuitiva del Juez Instructor, se añade acto seguido la definición de la función del Secretario Judicial, la cual es la de diligenciar las cintas que se entregan, su traducción escrita y las partes que sean de interés⁶, evitando cualquier tipo de episodio ajeno a lo investigado.

A la hora de determinar la posición de la jurisprudencia, los extremos álgido y mínimo en las exigencias derivadas del control judicial se encuentran en sentencias como la STS 457/1997, de 12 de abril, y la de 22 de enero de 1996, representantes de una y otra posiciones.

El culmen del formalismo en los requisitos del control judicial viene establecido por la, solitaria de por sí, STS 457/1997, de 12 de abril, la cual a la hora de desgranar los requisitos de toda intervención telefónica reserva seis de los ocho requisitos al control judicial, introduciendo un control tan exhaustivo que va desde la transcripción literal del total contenido de lo grabado con citación de las partes a la identificación nominal de los agentes encargados de la vigilancia (criterio este último claramente excluido por sentencias como, aparte de las anteriormente citadas, la STS 1204/1995, de 2 de diciembre, que mantienen tajantemente la afirmación de que «...la adscripción de dicha tarea a un funcionario determinado no es una exigencia relevante aunque sí es necesario que, en el caso de que sea solicitado, comparezcan en juicio los mismos intervinientes en las operaciones de escucha»), pasando por la conservación de las cintas:

- 1) Que se señale el tiempo por el que se autoriza la intervención.
- 2) Que se designen los funcionarios de la policía judicial a los encomienda la práctica de las escuchas.
- 3) Que se señale un plazo en el cual se deba dar cuenta de la marcha de las investigaciones realizadas a través de la línea telefónica.
- 4) Que las cintas originales, empleadas para la transcripción, se entreguen en el juzgado.
- 5) Que por el fedatario público se realice la transcripción literal, para lo que deberá convocar a las partes personadas por si quieren asistir la transcripción y hacer las observaciones pertinentes.
- 6) Que las cintas originales se conserven a disposición de la Sala sentenciadora por si se requiere su audición en las sesiones del juicio oral.

⁵ ESTRELLA Ruiz, Manuel: «Entrada y registra...», op: cit. 4"...

⁶ Este aspecto concreto es más que discutible, pues aquellas sentencias que como las SSTC 1052/1998, de 21 de septiembre, y 1075/1998, de 23 de septiembre, hablan de la intervención del Secretario en la selección de los pasajes relevantes para la causa, refieren la actuación del Secretario judicial no como exclusiva, sino como coadyuvante en su trascendental función de fedación pública.

Por contra, la STS de 22 de enero de 1996, con cita de las SSTS de 25 de marzo de 1994 y de 12 de enero de 1995, tras advertir que el control judicial es una cuestión simplemente afectante exclusivamente a la prueba, y no a la licitud constitucional, establece las siguientes exigencias:

- 1) Control judicial riguroso de la intervención telefónica, no sólo de su iniciación, sino también del desarrollo y cesación de la medida, rigor especial y doblemente exigible, teniendo en cuenta el desconocimiento en que ha de estar, por razones obvias, el vigilado de la vigilancia a que es sometido;
- 2) Entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde se hayan recogido y consten las conversaciones detectadas, sin que puedan admitirse previas manipulaciones y selecciones por parte de la policía;
- 3) Conservación judicial del soporte original conteniendo lo recogido en las intervenciones y posibilidad de su audición con presencia de las partes interesadas. Lo decisivo, como se encarga de resaltar la sentencia de 4 de noviembre de 1994, es que el Juez autorizante no se desentienda de la medida autorizada y la controle en la medida de lo posible.

Por nuestra parte proponemos, sin perjuicio del análisis de las distintas posiciones jurisprudenciales sobre los diversos aspectos de la determinación y ejecución del control judicial, la determinación de un bloque de funciones encomendadas a la especial posición de garante del Juez Instructor, consistentes en velar por el estricto cumplimiento de los términos concretos en los que se ha definido la actuación policial en el acto de injerencia (concretamente exigencia de la remisión de las cintas íntegras originales, del cumplimiento de los plazos de dación de cuenta de la evolución de los así como de autorización de la injerencia), así como la de tomar una posición de efectivo conocimiento, control y dirección de la información suministrada por la escucha conforme se vaya facilitando, deber de control que según matiza la STS 1911/2000, de 12 de diciembre, exige que el Juez conozca el alcance de las conversaciones, su incidencia en delito que se investiga, la necesidad de su prórroga y, en su caso, el cese de las mismas, con la eventual posibilidad de selección del material directamente relacionado con la causa que, como veremos, aunque sea requisito generalmente exigido, su incumplimiento no lleva aparejada por principio la sanción de nulidad del contenido probatorio de lo grabado; por lo demás, consideramos, deben definirse las concretas funciones de custodia de las cintas grabadas conforme se van recibiendo, así como de fedación pública en cuanto se refiere al cotejo de las transcripciones íntegras o parciales, y su intervención como fedatario público en el levantamiento de cuantas actas documenten las actuaciones que a presencia de las partes, o con su ausencia, lleguen a producirse.

3. La posición del Juez de Instrucción en la dinámica procesal de la ejecución del acto de injerencia

Ya hemos manifestado con anterioridad que nuestra actual legislación y Jurisprudencia imponen al Juez de Instrucción una posición predominante en la fase de ejecución del acto de injerencia en el secreto de las comunicaciones del investigado que lo convierten en figura esencial de toda esta importante fase de recabo de material tanto para facilitar la investigación criminal como para la preparación de pruebas en sentido estricto que desplegarán su virtualidad en el acto de juicio, en el plenario, posición de garante que alcanzará no sólo el control de la ejecución del acto de injerencia

dentro de los concretos términos de lo establecido en la resolución habilitante, sino también en términos de adecuación tanto a la legalidad constitucional como ordinaria

El control judicial de la intervención telefónica autorizada es, en consecuencia, un requisito de su validez constitucional. En la STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3, se dice al respecto lo siguiente: «El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término conocer los resultados obtenidos con la intervención». Tal doctrina se refuerza en la STC 49/1999, de 5 de abril, 9 11, en la que, después de reiterar el pasaje que acabarnos de transcribir de la STC.--49/1996, que se convierte en un recurrente clásico con valor casi taumatúrgico, se añade que «...por tanto, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial del derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad». Y de nuevo la STC 166/1999, FJ 3.c), vuelve sobre la exigencia que analizamos, diciendo que «queda afectada la constitucionalidad de la medida si ...el Juez no efectúa un seguimiento de las vicisitudes de desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación⁷».

Queda por tanto por definir cómo y en qué momento ha de realizarse el control efectivo del resultado de las grabaciones de conversaciones telefónicas previos a la decisión sobre el cese o prórroga de la medida, así como una vez terminada la misma. En este apartado trataremos de hacer un primer acercamiento al momento anterior a la decisión sobre la petición de prórrogas y a las actuaciones posteriores al cese de la medida.

El qué deba entenderse por seguimiento de las vicisitudes del desarrollo de la medida y conocimiento del resultado obtenido en la investigación viene tratado en términos generales en sentencias del Tribunal Supremo tales como la STS 1911/2000, de 12 de diciembre, la cual habla de seguimiento y control, para luego razonar que la exigencia del control se cumplirá siempre que el Juez conozca el alcance de las conversaciones, su incidencia en el delito que se investiga, la necesidad de su prórroga y, en su caso, el cese de las mismas⁸; control que según un nutrido cuerpo de doctrina (Auto de 18 de junio de 1992, STS 2249/1994, de 23 de diciembre, 1596/1997, de 19 de diciembre, 345/2000, de 26 de febrero, y por todas, por su extraordinaria extensión, la STS 692/1997, de 7 de noviembre) tiene su razón de ser en el contrapeso garantista de los derechos futuros del investigado, a quien se le impone la carga de soportar la medida sin ni siquiera conocer inicialmente su existencia, y que por tanto no podrá impugnar ni en el momento de la decisión ni en el de la ejecución del acto de injerencia, a la vez que una finalidad específica, de garantizar la autenticidad e integridad de la prueba; como nos dirá magistralmente la referida sentencia 692/1997, de 7 de noviembre, la labor controladora del Juez «...perdura durante la instrucción para que, concluido el seguimiento telefónico de que se trate, las grabaciones recogidas respondan a la verdad real de lo acaecido y a las conversaciones mantenidas en la espontaneidad de comunicación de los interlocutores».

No puede entenderse que existe una sola forma o pauta de intervención, por lo que pueden desarrollarse o diseñarse diversas formas de control por parte del Juez que permitan la consecución

⁷ En similares términos la STC 121/1998, de 15 de junio.

⁸ En palabras de la STS 2026/2001, de 24 de octubre: «El control judicial, que debe abarcar también el seguimiento de las operaciones de escuchas, permite comprobar, por el contenido de las grabaciones que se envían periódicamente, si la investigación progresa adecuadamente y si es necesario continuar la misma autorizando las prórrogas que se estimen convenientes».

de los objetivos de la corrección en la ejecución del acto de injerencia por quienes hayan sido delegados para tal menester, como que su actuación se desarrolle bajo el efectivo control y conocimiento de cuantas vicisitudes pudieran surgir. Ni siquiera, consideramos, en este momento inicial se precisa la audición previa por parte del juez Instructor del contenido íntegro de lo hasta el momento grabado, cuando resulta que se han diseñado técnicas de control de similar eficacia, cuáles pueden ser la realización de transcripciones parciales o íntegras de las conversaciones por parte de funcionarios policiales debidamente adverdadas bajo la fe pública judicial, o incluso dación de cuenta del resultado de la injerencia por períodos regulares, pues lo realmente esencial será la garantía de la recepción de las cintas grabadas, íntegras y por medio de originales; ésta es la primera fase que se define en la citada STS 692/1997, de 7 de noviembre, que refiere que el control habrá de dirigirse básicamente al modo de desarrollo de la intervención, con dación de cuenta inmediata al Juez de las vicisitudes y resultado de la diligencia, describiendo una segunda fase, que podríamos denominar de consolidación del material probatorio contenido en el documento sonoro, destinado a garantizar la autenticidad e integridad de la prueba. Tal control, nos dirá la STS 141/1995, de 20 de febrero⁹, tiene como límite negativo el desentendimiento del contenido y evolución de la ejecución del acto de injerencia.

Concretamente la audición del contenido de lo grabado por parte del Juez de Instrucción nunca ha sido definido como un imperativo categórico, como no sea en función de una finalidad concreta distinta de la sola imposición del pretendido deber de audición, es decir, de permisión de la audición contradictoria por las partes, para decidir sobre la prórroga y para decidir el concreto contenido que eventualmente formará el testimonio de conversaciones que habrán de llegar al plenario, finalidad que presupone en principio la audición, pues se requerirá al menos la presencia del Juez de Instructor en las correspondientes audiciones materiales, y que solamente tendría como base legal el mandato del art. 586 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que el Juez de Instrucción examine previamente para sí el contenido de la correspondencia del procesado retenida que llegue hasta él, pero que igualmente responde a la necesidad de selección del contenido de canas que afecten al interés de la causa, como fórmula de salvaguardar en la medida de lo posible el derecho al secreto de las comunicaciones postales del investigado, y presumiendo además la imprescindibilidad de tal diligencia de selección; a nivel de la Jurisprudencia, solamente supuestos extremos en los que no se ha procedido a la audición ni adverdación de las cintas ni en sede de instrucción ni en el plenario, ni menos al cotejo de las transcripciones policiales, se ha llegado a imponer la sanción de nulidad con todas sus consecuencias, lo que ni siquiera impidió el aprovechamiento de la virtualidad probatoria del contenido de lo grabado mediante pruebas derivadas (concretamente declaración de los agentes que intervinieron en la escucha y grabación¹⁰).

Solamente, tras el estudio de cerca de cuatrocientas sentencias hemos descubierto un aparente referente a la imperiosa necesidad de audición personal y documentada por parte del Juez de Instrucción de las cintas en las SSTS 1898/2000, de 12 de diciembre, 816/2001, de 22 de mayo, y 1521/2001, de 23 de julio. La primera parece dar a entender que la intervención del Instructor ha de ser más activa, haciendo referencia a la no constancia de diligencia en la que se dé cuenta de la audición de las cintas por parte del Instructor¹¹; la mención es desde luego equívoca, pues se parte

⁹ Dicha sentencia manifiesta tener como precedentes las SSTS de 25 de marzo de 1993, 25 de junio de 1993, y 15 de julio de 1993, así como la STC 85/1994, de 14 de marzo.

¹⁰ Tal es el supuesto tratado en la STS 1047/1996, de 12 de diciembre.

¹¹ Tal argumentación resulta a todas luces improcedente, toda vez que como para el examen de cualquier tipo de actuación por parte del Juez de Instrucción no se requiere la inclusión en las actuaciones de ninguna diligencia de constancia ni de acta, al igual que sucede en todos aquellos casos en los que el Juez de Instrucción simplemente

de tal afirmación como consecuencia de un supuesto de defecto en el control judicial previo a la recepción de las cintas originales en la que la autorización para la prórroga tuvo lugar tan sólo por lectura de la transcripción realizada por la Policía, coincidiendo en parte con la doctrina sentada en la STC 299/2000, de 11 de diciembre. Sin embargo las otras dos asumen hasta sus últimas consecuencias los dictados de la STC 299/2000, de 11 de diciembre, en el sentido de considerar la audición, debidamente documentada, como única forma, aunque claramente asociada a la problemática de la aplicación del principio de proporcionalidad referido al momento, en que ha de adoptarse una nueva decisión sobre la ampliación subjetiva o prórroga de la autorización ya concedida; por ello apostilla su cita de la sentencia del Tribunal Constitucional, finalizando con la aseveración de que «Tal deficiente control [la no audición de las cintas para constatar la coincidencia entre lo grabado, lo transcrito y las razones en que se basa la nueva solicitud] de aquel resultado, viciado en sí mismo, actúa con un nuevo significado, como vicio de la motivación de la resolución ampliatoria de la medida». Sobre esta cuestión profundizaremos aún más cuando tratemos la cuestión del control judicial en sede de prórroga de la autorización judicial de la intervención de las comunicaciones telefónicas del investigado. Sin embargo, el argumento no ha tardado en ser contradicho en sentencias inmediatamente posteriores tales como la STS 1065/2001, de 13 de junio, que estimó la suficiencia de un control judicial, en supuesto en que se autorizaron prórrogas, consistente en la sola recepción de las cintas con adverbación por el Secretario Judicial de las transcripciones parciales realizadas por la unidad de Policía Judicial¹², o la STS 1069/2001, de 6 de junio, que al anterior argumento únicamente adiciona la imposición por la autorización judicial de daciones de cuenta quincenales de las resultados de la investigación.

Con tal cumplimiento de una verdadera función de seguimiento de las vicisitudes del acto, con la garantía de la exigencia de la dación de cuenta periódica del resultado de las grabaciones, que deberá incluir desde luego la remisión de las cintas originales, deberá entenderse cumplido el deber de control por parte del Juez de Instrucción. Resumiendo con la STS 637/1997, de 8 de mayo: «El control judicial de las medidas de intervención telefónica exige que mientras se desarrollan las escuchas, el juez reciba información periódica del resultado de las mismas, mediante el envío de transcripciones de las conversaciones o de los pasajes de ellas, o la remisión de los autos en que constan las grabaciones, para poder dilucidar, por el contenido de transcripciones y grabaciones, si la persistencia de la intervención telefónica está justificada, por revelar las conversaciones la implicación de los que utilizan el teléfono en las actividades delictivas investigadas¹³».

4. El inicio del cómputo del plazo

Como bien es sabido, el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la hora de delimitar los límites temporales de la intervención de las comunicaciones telefónicas, no hace más que establecer un tope máximo de duración de la injerencia (hasta tres meses), a la vez que la previsión de la posibilidad de prórrogas por espacios de tiempo igualmente no superiores a tres meses, no haciendo la más mínima referencia a qué momento debe considerarse como definidor del dies a quo desde el que habrá de

examina de oficio, por poner un ejemplo, la documentación recibida o el contenido material de las pruebas practicadas por medio del auxilio judicial. Siendo rigoristas, no se requerirá más diligencia que la simple de apertura de precintos de los originales de la cinta oída y su posterior precintado.

¹² Para dicha sentencia, «Es en el marco de esta investigación, donde la policía comunica al Juzgado en el extenso informe obrante al folio 108 como aparece la persona del recurrente, Michel, involucrado en una trama de tráfico de drogas junto con el también procesado y fallecido Henri, acordándose por auto de 25 de mayo de 1994 la intervención de dos teléfonos públicos que eran utilizados por ambos para recibir o enviar comunicaciones, concediéndose en varias ocasiones autos de prórroga —folio 118, 136, 154— de la intervención telefónica, motivados, precisamente en el resultado de las investigaciones que se llevaban a cabo y por tanto con el imprescindible control judicial ya que el Juez Instructor tuvo a su disposición las correspondientes cintas magnetofónicas y las transcripciones».

¹³ En similares términos, la STS 618/1997, de 8 de mayo.

iniciarse el cómputo del plazo de la autorización, si el de la fecha de la entrega a la unidad policial encargada de la escucha y grabación del mandamiento comunicando que se ha accedido a la autorización de la intervención o desde el momento en que se inicia efectivamente la conexión; el primero de los hitos señalados aporta la ventaja de la seguridad que garantiza en cuanto al control del respeto del plazo por el cual se concede la autorización, mientras que el segundo se ajusta más a la realidad del sacrificio del derecho al secreto de las comunicaciones efectivamente realizado, y responde al no precisamente infrecuente fenómeno del retraso en la conexión por parte de las empresas concesionarias de los servicios públicos de telefonía fija y móvil¹⁴. Personalmente nos decantamos por la segunda de las opciones, no tanto por ser la correspondiente confortare a la legislación vigente, como por ser una de las dos posibilidades más funcional y efectivamente definidora del equilibrio de intereses que se diseña en la resolución autorizante. La resolución habilitante puede establecer una fórmula específica de determinación del cómputo del plazo, más si resulta que el plazo de la autorización es inferior al máximo legalmente previsto, y por tanto escoger entre una y otra de las dos indicadas, siempre respetuosa con el espíritu de la ley y con el principio de proporcionalidad que como sabemos ha de regir también en la fase de ejecución del acto de injerencia. El único problema que podría plantear la fórmula del cómputo desde la fecha de la efectividad de la labor de escucha y grabación sería el abuso de la relativización de tal término inicial, el riesgo de que la unidad policial haga uso del mandamiento no para iniciar inmediatamente la labor de investigación, sino para guardar la autorización y hacer uso de la misma en el momento en que se estime conveniente¹⁵, como una especie de cheque en blanco, pues no en vano la determinación de la procedencia de la concesión de la autorización judicial del acto de injerencia se hace en un momento determinado y en consonancia con las circunstancias fácticas y jurídicas del momento en el que se solicita¹⁶. Pero tal eventualidad se salva con la simple previsión en el auto de que se comunique inmediatamente a la autoridad judicial la fecha de inicio de la intervención, y de que en caso de que se demore tal comunicación se pidan explicaciones, tanto a la unidad policial como a la empresa suministradora del servicio público de telefonía, de la demora, es decir llevando a término las debidas exigencias del control judicial sobre la ejecución del acto de injerencia, al que anteriormente hemos hecho referencia.

Sobre el inicio del cómputo del plazo, aparte de la referencia al reconocimiento explícito a la plausibilidad en términos de constitucionalidad de la técnica del inicio del cómputo desde el momento de la efectividad de la interceptación que puede deducirse de la STC 138/2001, de 18 de junio¹⁷, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado un tanto dubitativa en aquellos pocos supuestos en que ha tratado el problema, si bien parte de la base de que es lícito el cómputo del plazo de la autorización desde la fecha de inicio de la efectividad del acto de injerencia, aunque con la salvedad de que ello no puede convertirse en una especie de carta blanca para la autoridad policial solicitante para reservarse la autorización y hacer uso de la misma cuando más le convenga. Así, la STS 1069/1999, de 23 de junio, con cita de la STS 220/1998, de 14 de febrero, se decanta por la fecha de

¹⁴ No es la primera vez que el que suscribe se ha encontrado con importantes retrasos de las escuchas, de entre veinte días y un mes, motivados por razón de la XXXXintitud, imaginamos que no intencionada, de las correspondientes compañías suministradoras en la facilitación de los medios técnicos para permitir la escucha.

¹⁵ Piénsese en la búsqueda del Juez más proclive o en la preparación de los medios para el momento en que se estime más vulnerable al investigado.

¹⁶ Por poner un ejemplo, seda abominable adelantar una petición de intervención telefónica para investigar un delito como por ejemplo el de contrabando, cuando se tuviera fehabencia de que las conversaciones relacionadas con una determinada operación de contrabando tendrían lugar a medio plazo, coincidiendo con la incipiente publicación de una Ley que rebajara drásticamente la determinación de las penas correspondientes al delito, para así salvar el hipotético control de proporcionalidad.

¹⁷ Tal afirmación se hace en el contexto del análisis de la suficiencia de un control judicial efectivo a los efectos de análisis de la constitucionalidad de una solicitud de ampliación subjetiva y prórroga de la inicial autorización, en cuyo contexto uno de los componentes de la justificación de la existencia de un control judicial suficiente radica precisamente en el uso de tal técnica con exigencia de comunicación a la autoridad judicial de la concreta fecha en que se activa la intromisión en el secreto de las comunicaciones telefónicas del investigado.

inicio de la efectividad de la intervención como regla siempre y cuando el retraso esté motivado por razones técnicas y no se haga por la fuerza policial un abuso de la autorización; tras razonar que el requisito del respeto a los plazos de la autorización, que refiere derivado de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el art. 9.3 de la Constitución, está fundamentado en la necesidad de que el secreto de las comunicaciones no sufra más limitación que la estrictamente imprescindible que exija la investigación judicial, razón por la cual la injerencia en la intimidad del afectado no debe extenderse más allá del plazo señalado en la resolución, concluye que no puede tolerarse a la policía judicial utilizar el plazo concedido a su conveniencia como una suerte de «cheque en blanco» para iniciar la observación en un momento futuro indeterminado. No obstante lo anterior, matiza claramente tal premisa mayor, advirtiendo que cuando la intervención telefónica no puede comenzar de inmediato debido a impedimentos de carácter técnico, y que las actuaciones de interceptación se desarrollan durante unos días más (concretamente nueve, precisamente los días que transcurrieron desde la fecha de la autorización a la de inicio efectivo de la labor de escucha y grabación) desde que se cumplió el plazo judicial —computado desde la fecha del Auto —habilitante—, la medida así ejecutada no es censurable siempre que, como aquí ocurre, el derecho en cuestión no haya sido restringido, real y efectivamente, durante más tiempo que el estipulado en el Auto. Es decir, considera lícito, por no afectar al derecho sacrificado más allá de lo realmente autorizado, el inicio del cómputo desde dicha fecha de efectividad de la intervención telefónica.

Más tajante se ha mostrado aún la STS 698/2001, de 28 de abril, la cual se decanta abiertamente a favor del sistema del cómputo desde el momento de la efectividad del inicio de la actuación de la grabación y escucha, en este caso sin establecerse cautelas o prevenciones (tal vez por razón de que fueron escasos los días en que se tardó en iniciar la escucha, cuatro días), elevándolo a la categoría de regla general; así, en un escueto argumento manifiesta que el hecho de que la autorización de la injerencia se concediera por el plazo de un mes «...no significa que deba hacerse el cómputo desde la fecha de la resolución, sino desde que se inicia efectivamente la intervención telefónica».

Por su parte, la STS 1527/1998, de 9 de diciembre, se manifiesta de forma igualmente clara sobre tal posibilidad, entendida en el sentido de su lícita previsión en la resolución habilitante, cuando, al tratar un supuesto de pretendida irregularidad del exceso en el cómputo del plazo motivado por el inicio de la efectividad de la escucha hasta veinte días después de la autorización, llega a permitir incluso la ratificación implícita consistente en el cálculo de los plazos de las prórrogas por parte de la autoridad judicial a contar desde la fecha del fin del plazo inicial con días a quo coincidente con el del inicio de la efectividad de la intervención, insistiendo en que es lícito iniciar el cómputo desde tal fecha.

5. La recepción de los soportes magnéticos y su conservación y custodia

a) La recepción de las cintas íntegras y originales

Nadie puede negar que el contenido de las conversaciones grabadas en el curso de una actuación de intervención de las comunicaciones ha de quedar a disposición del órgano jurisdiccional que deba conocer de la instrucción de la causa; es por ello por lo que una de las previsiones indispensables que ha de determinar toda resolución habilitante es precisamente la forma y cadencia con que han de remitirse al Juzgado los resultados de la investigación, que si bien en un principio podrá serlo por medio de informes o transcripciones policiales del contenido de lo grabado, no podrá dejar en el olvido la remisión del verdadero contenido de la investigación, lo grabado, como único medio de

aseguramiento del efectivo control judicial del desarrollo de la inmisión en la intimidad del investigado. Hasta tal punto es así que la STC 14/2001, de 29 de enero, pese a reconocer que todo lo referente a la dinámica procesal de la intervención (entiéndase, entrega y selección de las cintas grabadas, custodia de los originales ...) es en principio una cuestión de mera legalidad ordinaria, llega a concluir, como ya apuntáramos anteriormente, que «...en todo caso el control judicial puede resultar ausente en caso de no fijación judicial de los períodos en los que debe darse cuenta al Juez de los resultados de la restricción ...».

El Tribunal Constitucional, siguiendo con tal línea argumental, encuentra tres principales finalidades en la exigencia de la recepción de las cintas originales, cuales son una primera, referente a facilitar su posible aportación al acto de juicio como eventual prueba de cargo, debiendo ser puestas íntegras a disposición de las partes durante el curso de las actuaciones (STC 166/1999, de 27 de septiembre¹⁸), una segunda consistente en permitir el efectivo ejercicio del derecho de defensa, al entender que la disponibilidad de las cintas originales es en sí una garantía para facilitar el derecho de defensa (STC 171/1999, de 27 de septiembre), y una tercera que entronca directamente con la exigencia del control efectivo de la fase de ejecución de la medida por parte del Juez de Instrucción, como forma adecuada de posibilitarle a éste «...captar en plenitud de conocimiento el significado del conjunto de las conversaciones ...»; finalidad esta última que ha sido llevada hasta sus últimos extremos por la STC 299/2000, de 11 de diciembre, la cual ha llegado a tal nivel de exigencia como para declarar la necesidad de la previa audición de las cintas grabadas, so pena de nulidad de una prórroga o solicitud de ampliación subjetiva de la intervención, como única forma de obtener un cabal conocimiento de las nuevas circunstancias concurrentes en la investigación.

El Tribunal Supremo, por su parte, coincide con el Tribunal Constitucional en aspectos tales como la consideración como de cuestión de mera legalidad ordinaria de la concreta forma de recepción de las cintas, tal y como se pronuncia concretamente la STS 1717/1999, de 3 de diciembre, así como en las tres finalidades ya apuntadas de la recepción de las cintas. No obstante, a tales finalidades se adicionan otras dos, cuales son la evitación del riesgo (más bien eliminación de cualquier sombra de sospecha) de manipulación del contenido de lo grabado por las fuerzas policiales actuantes, tal y como abiertamente se pronuncia la STS 1128/1998, de 28 de septiembre, (para la que «...la esencia del control judicial de las intervenciones telefónicas ejecutadas por la Policía no es otra que la de evitar que las grabaciones puedan ser manipuladas por quienes las realizan, seleccionan o transcriben de manera que puedan servir como pruebas incriminatorias unos documentos sonoros o escritos previamente «amañados» ...»), así como una segunda que pone su acento en la necesidad de que se haga constar en las actuaciones todo aquello que beneficie o perjudique al investigado¹⁹, finalidad apuntada por la STS 2012/2000, de 26 de diciembre, para la que, tras delimitar con claridad el ámbito de la protección constitucional de la fase de control judicial, lo importante es que se garantice la llegada al plenario de cuantos pasajes de las conversaciones grabadas puedan tanto perjudicar como favorecer la posición jurídica de los justiciables, considerando que ante la no incorporación a la causa de la plenitud de lo grabado podría afectarse al derecho a un proceso debido.

En lo que sí hay unanimidad es en lo referente a la exigencia de la remisión de las cintas, que habrán de ser originales e íntegras, proscribiendo de principio la selección o resumen previo por parte de la

¹⁸ «...Conservación que viene exigida, de otra parte, a los solos efectos de que puedan ser aportadas íntegramente en el proceso para ser puestas a disposición de las partes durante el proceso si su contenido se utilizara directamente como prueba de cargo...», nos dirá la referida sentencia.

¹⁹ El referente del art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede ser más claro.

fuerza policial encargada de la grabación y escucha del contenido de las conversaciones. Así lo entienden sentencias tales como la STS 2249/1994, de 23 de diciembre, con cita del Auto de 18 de junio de 1992, que habla de «...entrega al órgano judicial de los soportes originales e íntegros, no copias parciales, en las que consten las conversaciones intervenidas y las observaciones realizadas», las SSTS 246/1995, de 20 de febrero, 313/1996, de 16 de abril, 1596/1997, de 19 de diciembre, 988/1998, de 22 de julio, 1018/1999, de 30 de septiembre, 1394/2000, de 19 de septiembre, excluyente expresamente de las copias (en el caso concreto las cintas originales eran inutilizables y las copias, parciales, no contenían determinadas conversaciones, generando las dudas sobre el verdadero contenido de lo grabado), 2012/2000, de 26 de diciembre, que exige la remisión de las cintas originales, las SSTS 1165/1998, de 13 de diciembre, y 232/1996, de 15 de marzo, exigentes de la recepción y debida custodia de las cintas originales, o como la STS 1115/2000, de 19 de junio, que entiende que lo trascendental para la licitud de cualquier ejecución de intervención telefónica es que las cintas estén incorporadas en su totalidad a la causa, a disposición del Juzgado de Instrucción, del Tribunal de Instancia, y, en definitiva, de las partes, apostilla la STS 637/1997, de 8 de mayo, «...con objeto de que si lo estiman procedente, puedan aportar al acervo probatorio los pasajes que estimen pertinentes ...» o como, con ánimo de sentar doctrina jurisprudencial, refiere la STS de 23 de septiembre de 1994, «entrega al órgano jurisdiccional de los soportes originales donde se hayan recogido y consten las conversaciones detectadas, sin que puedan admitirse previas manipulaciones y selecciones por parte de la policía».

La remisión de las cintas originales se convierte, por tanto, en una ineludible exigencia del deber de control judicial, que a la vez debe acompañarse con los principios de celeridad y adecuación a las exigencias de lo impuesto en la resolución judicial, hasta el punto de que no han sido pocas las resoluciones que han llegado a tildar de irregularidad invalidante el excesivo retraso en la recepción de las cintas originales que impidiera un real y efectivo control judicial de la ejecución de la medida y de la procedencia de las prórrogas; así lo considera la trascendental STS 692/1997, de 7 de noviembre, para la cual: «La jurisprudencia resalta la importancia de esta facultad-deber del órgano judicial, ejercicio del adecuado control del desarrollo de la autorización concedida, 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 intervenidas o las observaciones hechas, en la forma que en cada caso se estime procedente para tomar las correspondientes decisiones». Retraso con trascendencia en la propia constitucionalidad de la medida fue considerado por la STS 499/1997, de 18 de abril, el transcurso de cinco meses sin que fueran entregadas las cintas al órgano judicial autorizante.

Su omisión ha sido sancionada, en las pocas ocasiones en que ello ha sucedido con su reputación de vicio de nulidad de raigambre constitucional, al afectar directamente a los principios esenciales de la corrección y proporcionalidad en su desarrollo. La no remisión de las cintas originales es considerado por la STS 9/1996, de 22 de enero, como auténtico vicio de nulidad (ídem STS 1316/1995, de 30 de diciembre); igual sanción se merece la selección no de los pasajes relevantes transcritos sino del contenido de lo grabado por la fuerza policial (STS 29/1995, de 23 de enero). El mejor enunciado de esta posición jurisprudencial puede encontrarse sin duda en la STS 1.128/1998, de 28 de septiembre, para la cual, tras hacerse una referencia a que con la remisión de las cintas originales en su integridad se evita el riesgo de manipulación por quienes las realizan, seleccionan o transcriben, se concluye que «...de ahí que cuando no se entregan al Juez los originales de las grabaciones, o la selección y transcripción de los pasajes referentes a los delitos perseguidos no se realiza por el órgano judicial bajo la fe pública del Secretario Judicial, la intervención telefónica carece de validez como prueba»; y

por todas, la STS de 23 de diciembre de 1994, que entre los tres requisitos que desgrana como propios de la ejecución del acto de injerencia y debido control judicial destaca que no puedan admitirse las previas manipulaciones y selecciones por parte de la policía.

Ahora bien, este argumento puede llegar a ser cuestionable al menos cuando las especialidades del caso lo permiten, y más cuando es la propia autoridad judicial autorizante la que pone cotos concretos a la habilitación de la injerencia por las circunstancias concretas del caso. Si acudimos al argumento de la analogía con la interceptación de las comunicaciones postales y telegráficas podremos apreciar que la posibilidad de la selección subjetiva o por razón de la materia viene perfectamente definida en el art. 583 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual eleva a la categoría de regla general el principio de especificación del ámbito subjetivo y objetivo de la detención de la correspondencia postal y telegráfica, y lo cierto es que la mejor forma de salvaguardar al menos el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas de quienes no tengan relación conocida o presumible con la presunta actividad delictiva del investigado es precisamente delimitando, en la medida que la prudencia y el respeto al derecho del investigado mutan, el concreto ámbito subjetivo e incluso material de la investigación. Si el objeto de la investigación es exclusivamente un delito imputable a quien trabaja en un organismo público en el que el uso del teléfono es común a varias personas respecto de las que las sospechas simplemente no existen, o un teléfono público instalado en cabina pública o establecimiento comercial, respecto del cual se sospecha tan sólo de persona o personas determinadas que supuestamente hacen uso del teléfono para su ilícita actividad, no puede oponerse nada a que, en respeto del superior valor del derecho al secreto de las comunicaciones de quienes están desnudos de la más mínima sospecha de criminalidad, por el Juez de Instrucción autorizante se establezcan pautas para el inmediato borrado, si no es posible la no grabación o grabación selectiva, de las conversaciones que abiertamente nada tengan que ver con la persona de los investigados o con quienes estén más o menos relacionados de una u otra forma con los mismos. Tal posibilidad, desde luego, no debe establecerse como una regla general por la sencilla razón de que no son pocas las ocasiones en las que no pueden realizarse exclusiones a priori de categorías subjetivas u objetivas que nada hayan de tener de relación con la causa²⁰, pero no ha de descartarse de principio por razón de que el grave atentado a la intimidad de personas ajenas absolutamente a la investigación puede incluso hacer peligrar el juicio de proporcionalidad de la medida si ésta se adopta sin las más elementales cautelas de selección; pero eso sí, siempre y en todo caso habrán de delimitarse por el Juez autorizante las categorías objetivas y subjetivas susceptibles de exclusión de grabación (será siempre lo más adecuado para evitar suspicacias) o borrado, evitando la delegación en la fuerza policial a nivel decisorio de tales definiciones.

Tal solución incluso ha sido asumida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo en sentencias como la STS 467/1998, de 3 de abril, que confirmó la licitud de la intervención de un teléfono público en base a las especiales cautelas ordenadas por el Juez de Instrucción (limitación en la medida de lo posible de la grabación respecto de los sujetos investigados y borrado de las conversaciones no relacionadas con tal ámbito subjetivo por decisión de la propia autoridad judicial); igualmente la STS 525/1997, de 15 de abril, que asume la posibilidad tanto respecto de una cabina telefónica como de un teléfono público instalado en establecimiento frecuentado por numerosas personas, siempre que se salven las

²⁰ Piénsese en el supuesto de teléfono perteneciente al domicilio de una familia, uno de cuyos moradores es sospechoso de utilizar la vivienda para vender o distribuir drogas, circunstancia en la que los estrechos vínculos familiares y la presumible participación del grupo familiar en las operaciones de compra y distribución, aunque no confirmada por indicios derivados de la actuación policial, hacen prudente no limitar el ámbito de las conversaciones objeto de seguimiento a la única persona inicialmente sospechosa.

debidas cautelas y discreción tanto a nivel policial como judicial respecto de las llamadas que nada tengan que ver con la causa. El mismo criterio es también seguido por la STS 132/1995, de 19 de mayo, referida al teléfono de un bar investigado como posible punto de venta de drogas; en tales resoluciones fue precisamente el celo mostrado por el Juez de Instrucción en la determinación de cautelas para soslayar en la medida de lo posible la transgresión del secreto de las conversaciones de personas ajenas absolutamente a la investigación lo que hizo decantarse al Alto Tribunal por la conformidad a derecho de las injerencias autorizada²¹s.

Ni que decir tiene que la función del Secretario Judicial en la recepción y custodia de las cintas o soportes magnéticos en los que se insertan las conversaciones grabadas resulta a todas luces crucial. El Tribunal Supremo se destaca precisamente por el derroche de proclamas de la importante función del Secretario Judicial en tal menester, no siendo pocas las ocasiones en las que, como las SSTS 1075/1998, de 23 de septiembre, y 1052/1998, de 23 de septiembre²², se califica, como de si de una recitación salmódica se tratara, la labor del Secretario Judicial en la recepción de las cintas y su posterior custodia como de protagonista de legalidad para recibir las cintas íntegras y originales. Por ello, prácticamente siempre que se hace mención a la recepción de éstas, suele añadirse la referencia de bajo la fe del Secretario Judicial, tal y como se puede apreciar, por poner un ejemplo, en la STS 1596/1997, de 19 de diciembre, o en la STS 1069/1999, de 23 de junio, que se decantaba por la suficiencia a efectos de la valoración como prueba del contenido de las cintas con la recepción, bajo la fe pública judicial de las cintas originales.

b) La conservación y custodia de las cintas

La forma en que debe tener lugar la recepción de las cintas y su custodia no parece que produzca especial problema, toda vez que el referente de la analogía con la detención y apertura de la correspondencia parece claro, aunque teniendo en cuenta que normalmente habrá una previa actuación judicial, inaudita parte, que impedirá el desarrollo normal de la diligencia de recepción y constancia en los términos descritos en el párrafo segundo del art. 586 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la vez que resultará imposible la realización de la dinámica de la rúbrica de aquellos documentos que se seleccionaran por el Juez de Instrucción. La verdad es que en un principio bastará con una simple diligencia de constancia en la que se refleje la recepción de la cinta con identificación de la misma en la forma que sea posible, normalmente número de serie o determinación por el Secretario Judicial de una específica numeración (STS 629/1997, de 7 de noviembre, que exige que consten en diligencia las cintas entregadas), así como su debido etiquetado y precintado (en este sentido la STS 1666/1998, de 22 de diciembre), lo que supone que se deba extender una diligencia de constancia en las actuaciones de cuantas veces se proceda al desprecintado o precintado de las cintas, tal y como se desprende de los arts. 586.3 y 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pese a lo referido en el citado art. 586.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que la conservación de los sobres conteniendo las cartas intervenidas para la causa habrán de ser conservadas en poder del Juez de Instrucción durante el sumario, bajo su responsabilidad, lo cierto es que tal dicción debe ser considerada como un predicado del deber superior de control de la ejecución de la medida, pues en ningún momento puede entenderse que suponga una limitación o excepción a la concreta función

²¹ La STS 1065/2001, de 13 de junio, por su parte, trata un supuesto en el que se interceptan dos teléfonos públicos que se sabían utilizados por los dos sospechosos investigados.

²² En igual sentido las SSTS 1448/1997, de 24 de noviembre, y 628/1999, de 22 de abril.

del Secretario Judicial de conservación de las actuaciones, que viene establecida como principio general por el art. 287 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ahora bien, la concreta determinación de la forma de custodia propia del correo intervenido no tiene por qué ser la única posible, puesto que nada empecé a su tratamiento, con las debidas cautelas como pieza de convicción, registrándose y tratándose como tal. Lo fundamental es la salvaguardia del secreto de las comunicaciones en la medida de lo posible, a la vez que la garantía de la no manipulabilidad del contenido de lo injerido, razones por las cuales el mencionado art. 586.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se muestra tan cauteloso al regular la debida custodia de la correspondencia retenida una vez se ha procedido a su apertura; en el mencionado precepto no es formalismo a ultranza lo que impera, sino el exquisito respeto de los derechos fundamentales del investigado en la medida de lo posible.

La debida custodia de las cintas o soportes magnéticos impone un especial deber de cautela a la hora de facilitar a las partes y al Ministerio Fiscal el acceso a las mismas, que por regla general deberá hacerse mediante maní (estación de su contenido en las dependencias judiciales a presencia del Secretario Judicial, evitando en la medida de lo posible la salida del círculo de su custodia para así cortar de raíz cualquier tipo de suspicacia sobre la manipulabilidad o destrucción de las cintas, lo que no impedirá la facilitación de copias de las grabaciones a las partes si se reputara imprescindible.

Pero el no respeto de la cadena de custodia no supone de principio la nulidad de la prueba Siempre que concurren circunstancias que permitan salvar tal ruptura, bien por la existencia de transcripciones realizadas con las debidas garantías y sin impugnaciones de su autenticidad o genuidad por las partes, sobre lo que posteriormente entraremos, bien porque no se aprecien dudas sobre la posible manipulación de su contenido. Sobre un supuesto de ruptura de la cadena de custodia de las cintas (considerando la existencia de mera irregularidad) se manifiesta la STS 848/1996, que trata un curioso evento en que las cintas originales fueron aportadas al plenario por el Ministerio Fiscal (presumir que el Ministerio Público posee medios materiales y técnicos para amañar el contenido de una grabación telefónica escapa de los límites de la lógica), subsanándose el defecto en la custodia por el hecho de que las cintas originales fueron oídas íntegras con citación de las partes en sede de instrucción.