

ESCUCHAS AMBIENTALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES¹ (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 99/2021, DE 10 DE MAYO)

Acoustic surveillance and fundamental rights
(Tribunal Constitucional judgment 99/2021, of 10th May)

JUAN OCÓN GARCÍA

Universidad de La Rioja

juan.ocon@unirioja.es

Cómo citar/Citation

Ocón García, J. (2022).

Escuchas ambientales y derechos fundamentales

(Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2021, de 10 de mayo).

Revista Española de Derecho Constitucional, 126, 331-350.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.10>

Resumen

La captación de conversaciones orales en el proceso penal fue objeto de un importante pronunciamiento en la STC 145/2014, que declaró la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y la nulidad de la prueba así obtenida por ausencia de regulación de la medida. La posterior intervención normativa es examinada en la STC 99/2021, de 10 de mayo, que comentamos en este trabajo.

Dos son los principales problemas que se abordan en la sentencia y que analizamos. Por un lado, el encuadramiento de la grabación de conversaciones en el objeto

¹ Proyecto «El nexa dato científico/tecnológico derecho fundamental: un desafío para los actuales ordenamientos constitucionales», DERFUNDAT (PGC2018-093737-B-I00), financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia e Innovación – Agencia Estatal de Investigación.

El autor quiere expresar su agradecimiento a los revisores del original inicial, que se ha visto mejorado sensiblemente por las indicaciones y sugerencias atendidas.

del derecho fundamental a la intimidad o al secreto de las comunicaciones. Por otro, la interpretación constitucionalmente conforme de la actual regulación de la duración temporal de la medida autorizada por el juzgado de instrucción.

Palabras clave

Secreto de las comunicaciones; intimidad; diligencias de investigación; grabación de conversaciones; Tribunal Constitucional.

Abstract

The surveillance of conversations in the criminal process was the subject of an important pronouncement in Constitutional Court judgment 145/2014, which declared the violation of the fundamental right to confidentiality of communications and the nullity of the evidence thus obtained due to the lack of regulation of the measure. The subsequent normative intervention is examined in the 99/2021, of May 10, which we comment on in this paper.

There are two main problems that are addressed in the process and that we analyze. On the one hand, the framing of the recording of conversations in the object of the fundamental right to privacy or to the secrecy of communications. On the other, the constitutionally compliant interpretation of the current regulation about the duration of the measure authorized by the investigating court.

Keywords

Communications confidentiality; privacy; investigation proceedings; surveillance of conversations; Constitutional Court.

SUMARIO

I. LOS HECHOS Y LA NORMA. II. DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO. III. DURACIÓN DE LA MEDIDA. IV. CONCLUSIÓN. *Bibliografía*.

I. LOS HECHOS Y LA NORMA

La captación de conversaciones orales no ha encontrado previsión normativa en el ordenamiento procesal penal español, pese a su práctica habitual, hasta el año 2015. La STC 145/2014, de 22 de septiembre, que declaró la nulidad de esta medida por ausencia de cobertura legal, sirvió de espoleta para la aprobación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, que incorporó, por fin, esta y otras diligencias de investigación tecnológica a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (intervención de comunicaciones telemáticas, utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes y registros de dispositivos informáticos).

Además de las disposiciones comunes que se integran en la LECrim en los arts. 588 bis.a y siguientes, la *captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos* encuentra su concreta regulación en los arts. 588 *quater.a* a 588 *quater.e*.

La norma habilita la captación y grabación de las conversaciones del investigado, tanto en espacios abiertos como en lugares cerrados, incluyendo aquellos que tengan la consideración de domicilio, y permite al tiempo la captación de imágenes.

La cuestión que mayor controversia ha generado, y que constituye el objeto de la sentencia que comentamos, es la relativa a la duración de la medida². No previéndose plazo alguno, su activación exige, como presupuesto habilitante, la vinculación a «comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas» —art. 588 *quater.b.1*— y la resolución judicial que la autorice debe hacer expresa mención «al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia» —588 *quater.c*—.

Los hechos son los siguientes. Con este escenario normativo, y en el marco de una investigación por varios delitos de robo en sucursales bancarias,

² Esta cuestión es también discutida, con resultado opuesto según se verá, en las SSTs, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre de 2020 (recurso10275/2020) y de 28 de diciembre de 2020 (recurso 10289/2020).

se solicita por la Guardia Civil, y se autoriza judicialmente por un plazo de tres meses, la colocación de micrófonos en un vehículo para la grabación y escucha de las conversaciones mantenidas por los miembros de la organización criminal que, según los indicios, se reunían en él. Días después, y ante la ausencia de resultados relevantes para la investigación, se solicita la autorización de igual medida en otro vehículo utilizado también por los investigados, concediéndose por igual plazo y sin alzar la primera de las autorizaciones (pese a que las grabaciones ni siquiera se incorporaron a las actuaciones). El cese de ambas se produjo antes de que se cumpliera el plazo máximo para el que habían sido autorizadas.

El ahora recurrente en amparo denunció ya en la instancia la práctica de la medida en los términos descritos, al entender que su autorización por un plazo de tres meses resultaba incompatible con la exigencia normativa de su adopción para encuentros concretos y, por tanto, vulneradora de los derechos fundamentales a la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la tutela judicial efectiva.

El juzgado rechazó la vulneración aducida al entender que la concreción de los encuentros a que obliga la ley exige únicamente su previsibilidad de acuerdo con el curso y resultados de la investigación. De modo que la razonable previsión de la existencia de los encuentros abría la adopción de la medida por un plazo determinado.

En términos similares se expresa la Audiencia Provincial, que, en respuesta a la queja invocada en apelación, avala con base en la utilización del plural —«encuentros concretos»— los términos en que la medida fue autorizada y practicada.

II. DERECHO FUNDAMENTAL AFECTADO

El recurso de amparo que origina la sentencia comentada denuncia la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por la autorización por plazo de tres meses del uso de aparatos ambientales de escucha, así como la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva atendida la conexión de antijuridicidad de la medida con el material probatorio.

El asunto vuelve a replantear la *vexata quaestio* del encuadramiento de la grabación de conversaciones orales en el objeto del derecho fundamental a la intimidad o al secreto de las comunicaciones: una cuestión muy discutida en la doctrina científica y jurisprudencial.

Una parte de la primera ha venido considerando que no forman parte del objeto de protección del art. 18.3 de la Constitución las conversaciones directas,

manteniendo un criterio de vinculación entre derecho fundamental al secreto y medio técnico de comunicación y trazando, por tanto, una nítida separación con el derecho a la intimidad.

Dicha exclusión, acertada según creemos, trae causa de la especialidad de las comunicaciones protegidas en el art. 18.3, que se cifra en la participación de un tercero que intermedia la comunicación. Este recurso al medio induce necesariamente una protección formal que asegure a los comunicantes el dominio del proceso, el secreto del mensaje y/o el éxito en la entrega³.

En la medida en que las conversaciones *vis-à-vis* se desenvuelven sin mediación técnica y, por tanto, sin pérdida de control de los interlocutores, no existe fundamento jurídico válido para extender a ellas la garantía formal de secreto. Las conversaciones orales deberán encontrar amparo frente a su intervención en el derecho a la intimidad⁴.

Este parece ser también el criterio del legislador. La Ley Orgánica 13/2015 rubrica el título VIII que incorpora a la LECrim como «De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución», pero no hace alusión expresa en los capítulos que regulan cada medida a los derechos implicados en cada caso (Elvira Perales, 2019: 126). Sin embargo, es posible determinar el derecho que se considera afectado atendiendo a la regulación de la medida. En el caso de la diligencia de captación y grabación de comunicaciones orales, a diferencia de la intervención de comunicaciones (art. 588 *ter.d.3* LECrim), no se permite su práctica sin resolución judicial previa por la policía, en casos de urgencia para la investigación de delitos de terrorismo. Ello se debe, según creemos, a que el legislador considera afectado en este caso el derecho a la intimidad, sustraído a la posibilidad de su suspensión individual en el art. 55.2 CE.

³ «The underlying rationale to warrant such protection is that communicants entrust communication to an intermediary, thus losing control in relation to the intermediary or third parties»; *vid.* Zuiderveen y Steenbruggen (2019: 299).

⁴ «La comunicación “directa” [...] no es “secreta” en este sentido formal o, en otras palabras, su “secreto” no consiste en una atribución normativa ajena al contenido y a las circunstancias en que la misma se desarrolle»; véase Jiménez Campo (1987: 49). Para Martín Morales (1995: 52), «la Constitución ha querido distinguir entre los casos de interceptación de una comunicación y los casos en que la acción humana creadora de intimidad sea objeto de captación, aunque sea a través de artificios o técnicas de sonido o imagen». También consideran que el derecho afectado por la captación de conversaciones orales es el derecho fundamental a la intimidad Elvira Perales (2007: 16), Zoco Zabala (2019: 319 y ss.) y Marchena y González-Cuellar (2015: 198).

No obstante, algunos autores han sugerido la posible ampliación del objeto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones con base en el desarrollo tecnológico de herramientas de captación subrepticia de conversaciones directas. Así, Zoco Zabala (2017: 358) se ha planteado si la existencia actual de tecnologías capaces de captar comunicaciones ambientales (drones, micrófonos «espía» o direccionales de largo alcance, etc.) pone en riesgo objetivo la libertad de comunicarse secretamente en persona y limita la posibilidad de vedar el acceso a las comunicaciones no mediadas por soporte técnico, siendo, por tanto, razonable ampliar su protección en el marco del art. 18.3 CE. Para Rivero Sánchez-Covisa (2017: 44), la presencia de un elemento técnico en la relación comunicativa es determinante respecto de su intervención, sin que sea necesario que intermedie el proceso. De esta forma, constituiría injerencia en el secreto de las comunicaciones la utilización de artificios o dispositivos dirigidos a captar el contenido o constatar la mera existencia de una conversación directa⁵.

Pero otros autores sostienen, reforzados por la STC 145/2014, un concepto laxo de comunicación del art. 18.3 CE, según el cual la captación y grabación de comunicaciones orales «afecta siempre al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones contenido en el art. 18.3 CE, precepto mediante el cual el constituyente no ha querido proteger exclusivamente el secreto de las comunicaciones íntimas, sino cualquier clase de comunicación» (Díaz Martínez, 2018: 94)⁶.

Este ha sido también el criterio mayoritariamente seguido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aunque parece que aprecia únicamente afectación del secreto de las comunicaciones en los supuestos de captación de conversaciones en lugares cerrados⁷.

⁵ En contra, y en opinión que compartimos, afirma Martín Morales (1995: 52) que «cuando hablamos de la exigencia de un soporte técnico nos referimos al de la comunicación y no al de la interferencia, independientemente de que la interceptación de cierto tipo de comunicaciones requiere hoy día una cierta sofisticación tecnológica».

⁶ Se considera también vulnerado el secreto de las comunicaciones en Casanova Martí (2016: 2), Rosales Leal (2018), Velasco Núñez (2016: 110) y Bellido Penadés (2020: 53 y ss.).

⁷ Afirma la STS, Sala de lo Penal, de 10 de febrero de 1998 (recurso 846/1997), que «a este Tribunal no le resulta concebible que se proteja menos una conversación por ser telefónica —en cuanto pueda ser legítimamente intervenida por el Juez— y no lo pueda ser una conversación no telefónica de dos personas *en un recinto cerrado*». También la STS, Sala de lo Penal, de 2 de junio de 2010 (recurso 11429/2009), sostiene que «el art. 18.2 CE [sic] garantiza el secreto de todas las comunicaciones, sea cual sea el medio por el que éstas se producen, por tanto también de aquellas

Las resoluciones más recientes son ciertamente imprecisas respecto a la determinación del derecho fundamental afectado. La sentencia de 3 de diciembre de 2020 no entra a valorar la posible implicación del secreto de las comunicaciones⁸. Por su parte, la de 28 de diciembre alude a la confusa expresión de *intimidad en las comunicaciones abiertas desarrolladas en el domicilio del investigado*⁹.

El Tribunal Constitucional había venido afirmando que «el fundamento del carácter autónomo y separado del reconocimiento de este derecho fundamental y de su específica protección constitucional reside en la especial vulnerabilidad de la confidencialidad de estas comunicaciones en la medida en que son posibilitadas mediante la intermediación técnica de un tercero ajeno a la comunicación»¹⁰.

De modo que, en la jurisprudencia constitucional, el requisito de soporte o medio técnico como elemento delimitador de las comunicaciones protegidas *ex* 18.3 CE había venido siendo una cuestión pacífica hasta el año 2014¹¹.

comunicaciones que, de forma verbal y directa, puedan producirse entre dos o más personas *en un lugar cerrado*, sin mediación de artificio o aparato alguno» (cursivas añadidas).

⁸ «Más allá de la discusión acerca de si esas conversaciones orales directas son o no identificables con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, lo cierto es que la decisión judicial a que se refiere el art. 588 quáter c) conlleva una restricción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria» (STS, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre de 2020, FJ 5.2 [recurso 10275/2020]).

⁹ «[...] es evidente que el contenido de lo resuelto en el auto de 12 de agosto de 2016, vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad en las comunicaciones abiertas desarrolladas en el domicilio del investigado» (STS, Sala de lo Penal, de 28 de diciembre de 2020, FJ 2.1.4 [recurso 10289/2020]).

¹⁰ SSTC 123/2002, de 20 de mayo (FJ 5), y 281/2006, de 9 de octubre de 2006 (FJ 3). También así se ha entendido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán: «[...] cuando se utilizan equipos de telecomunicaciones, la comunicación está expuesta a riesgos particulares de conocimiento por parte de terceros y, por lo tanto, está sujeta a protección especial [...]. A diferencia de una conversación entre los presentes, los interlocutores no tienen la oportunidad de determinar las condiciones marco de la comunicación solos y controlar su privacidad y las personas involucradas», véase. BVerfGE 106, 28, de 9 de octubre de 2002 (§ 20). En igual sentido, BVerfGE 85, 386, de 25 de marzo de 1992 (§ 46), y 100, 313, de 14 de julio de 1999 (§ 175).

¹¹ «En nuestra labor de delimitación del ámbito de cobertura del derecho, hemos precisado que el art. 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones: las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados» (véase STC 170/2013, de 7 de octubre [FJ 4]; también SSTC 123/2002, de 20 de mayo [FJ 5], y 281/2006,

La Sala Segunda rompió esta línea jurisprudencial en la Sentencia 145/2014, de 22 de septiembre, al considerar que una grabación de conversaciones orales entre detenidos se incluía en el objeto del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, afirmando que «el art. 18.3 CE no dispone una distinta protección de las conversaciones telefónicas —una tutela inferior por eventualmente incidida por un órgano judicial— que de otras comunicaciones como las verbales, sino solo una garantía común y genérica frente a la impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma» (FJ 7).

Sin embargo, la STC 18/2020, de 10 de febrero, de la Sala Primera, invitaba a considerar aquella como un verso suelto, originado posiblemente por la alegada vulneración del 18.3 en exclusiva y por una mejorable recepción de la jurisprudencia del TEDH. La contundencia con que se expresaba el Tribunal en esta sentencia pareciera advertir una vuelta definitiva a la doctrina tradicional:

[...] únicamente la comunicación que tiene lugar a través de un determinado medio técnico pertenece al ámbito de protección del art. 18.3 CE, pues las comunicaciones directas —orales o escritas— sin medios técnicos de interposición carecen del carácter secreto que garantiza el art. 18.3 CE. Ello no significa que carezcan de protección constitucional alguna al poder quedar incardinadas en el ámbito de protección de otros derechos fundamentales (FJ 3).

Por ello llama especialmente la atención que la sentencia que ahora comentamos, dictada por la misma Sala y con la misma composición, vuelva a transitar el camino emprendido, erróneamente según creemos, de equiparar en el objeto del 18.3 CE comunicaciones técnicamente mediadas y conversaciones orales.

La STC 99/2021, de 10 de mayo, afirma que la jurisprudencia del Tribunal «ha ido evolucionando desde una posición en la que inicialmente se afirmaba que el derecho del art. 18.3 CE solo operaba respecto a comunicaciones realizadas a través de canales o bandas cerradas [...] hasta una postura tendente a equiparar las comunicaciones orales con las realizadas a través de medios telemáticos» (FJ 3).

Los términos utilizados por el Tribunal parecen reflejar un cambio de criterio pausado y progresivo («nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando»)

de 9 de octubre [FJ 3]; referida al ámbito de las relaciones laborales, la STC 98/2000, de 10 de abril [FJ 6], residencia la colocación por parte del empresario de un micrófono ambiental para captar las conversaciones de sus empleados en el derecho a la intimidad).

cuando, en realidad, tal mutación se ha producido con ocasión de una única sentencia (145/2014), que, además, fue posteriormente enmendada (18/2020).

Ahora se hace explícito lo que podía advertirse ya en la sentencia de 2014: la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la delimitación de los derechos fundamentales de los ordenamientos internos. El FJ 4 comienza afirmando que «[e]n favor de la equiparación de las comunicaciones orales a las telefónicas se ha pronunciado también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Afirmación ilustrada con la cita de distintos pronunciamientos del tribunal de Estrasburgo que, según creemos, admiten, con pleno respeto del mandato de interpretación convencionalmente conforme del art. 10.2 CE, entender que la captación de conversaciones directas forma parte del objeto protegido por el derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, no siendo necesario, y sí perturbador para la delimitación de los derechos internos, incardinarla en el 18.3 CE (Ocón García, 2020).

Y es que la jurisprudencia del TEDH, más allá de residenciar ambas medidas en el amplio y dúctil objeto del art. 8 del Convenio, no exige, para los catálogos de derechos internos, la equiparación de conversaciones ambientales y comunicaciones mediadas en el objeto de un mismo derecho, sino simplemente la de su nivel de garantías: se requiere que la medida esté legalmente prevista con suficiente precisión y que su aplicación en el caso concreto sea necesaria para la consecución de alguno de los fines previstos en el art. 8.2 CEDH (Pérez de los Cobos Orihuel, 2018: 23).

Estos son precisamente los términos en que se expresan las resoluciones que el Tribunal Constitucional utiliza en refuerzo de su argumentación. En *Bykov* señala que los requisitos de calidad de la ley exigidos por el TEDH para la intervención de comunicaciones deben ser igualmente aplicables al uso de radiotransmisores¹². Del mismo modo, en *R.E.* dispone que, para la grabación de una entrevista abogado-cliente en sede policial, se exigen las mismas *salvaguardas* que las requeridas en los casos de interceptación de comunicaciones¹³. Finalmente, la vulneración del art. 8 declarada en *Wisse* se origina por la falta de calidad de la legislación interna respecto a la previsión de tal medida¹⁴.

Por ello, el nivel de garantías exigido por el TEDH puede entenderse sobradamente cumplido sin forzar una peligrosa dilatación de las fronteras de los derechos internos. Si bien el art. 18.1 CE no prevé la exigencia de autorización judicial para la limitación del derecho a la intimidad, esta ha sido la

¹² STEDH, Gran Sala, de 10 de marzo de 2009 (*Bykov c. Rusia*, §§ 78-79).

¹³ STEDH de 27 de octubre de 2015 (*R.E. c. Reino Unido*, § 131).

¹⁴ STEDH de 20 de diciembre de 2005 (*Wisse c. Francia*, § 34).

regla general en la doctrina constitucional¹⁵. Además, desde el año 2015 la ley somete la captación de conversaciones a las mismas cautelas que la intervención de comunicaciones: previsión de un catálogo de delitos que habilitan la medida, necesidad de autorización judicial sometida a los principios de especialidad, idoneidad, y proporcionalidad, y regulación expresa de aquellos otros criterios exigidos por la jurisprudencia del TEDH expresivos de la calidad de la ley (destinatarios, duración, cese, registros...).

Es, por tanto, igualmente respetuoso con el 10.2 CE y más preciso para la delimitación de los derechos fundamentales internos residenciar la captación de conversaciones directas en el objeto del derecho a la intimidad y no, como hace ahora el Tribunal, en el secreto de las comunicaciones.

Los términos en que el secreto de las comunicaciones ha sido delimitado por la jurisprudencia constitucional exigen, para mantener la coherencia de su objeto, dejar fuera las conversaciones directas. El secreto, de carácter formal, no se predica exclusivamente del contenido intercambiado, sino que también ampara «la existencia de la comunicación misma»¹⁶. Una cuestión que resulta cabalmente imposible de garantizar en el caso de las conversaciones vis a vis, en que los comunicantes mantienen el control de la comunicación —sin cesión a un intermediario— y, por tanto, disponen del grado de reserva —nunca de secreto— en función de las circunstancias de la conversación entablada (lugar escogido para mantenerla, volumen de la voz, número de participantes...). Lo contrario supondría alumbrar escenarios absurdos, como considerar vulnerado el secreto de las comunicaciones por el mero hecho de presenciar, aun sin escucha, que dos personas están manteniendo una conversación.

No obstante, el Tribunal quiere ver en su propia doctrina argumentos válidos para tal encuadramiento. Así sucede cuando afirma que «[l]o que marca

¹⁵ La STC 70/2002, de 3 de abril (FJ 10), sintetizando la jurisprudencia anterior, señala como requisitos para la limitación del derecho a la intimidad los siguientes: «[...] la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal”); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto».

¹⁶ STC 123/2002, de 20 de mayo (FJ 5).

el contenido constitucional protegido del derecho reconocido en el art. 18.3 CE no es [...] el método a través del cual se remite un mensaje, o se efectúa una comunicación, sino la existencia misma del proceso comunicativo entre dos o más personas, y *la voluntad de excluir del mismo a terceros no intervinientes*. Afirmación que refuerza con cita de la STC 70/2002: «[...] el art. 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el *sistema* empleado para realizarlas» (FJ 7)¹⁷.

Consideramos, sin embargo, que la cita no es oportuna: «sistema» significa medio técnico de comunicación¹⁸, ya que «la protección que el derecho fundamental dispensa no se extiende a todos los fenómenos de comunicación entre personas», sino solo —reiterémoslo— a aquellas realizadas en canal cerrado a través de la intermediación técnica de un tercero, debido a su evidente vulnerabilidad¹⁹.

La ampliación a *cualquier sistema* no puede entenderse, por tanto, como ilimitada, sino dirigida exclusivamente a aquellos que, contando con las mismas características que los expresamente citados en el 18.3 CE, hayan surgido con posterioridad a su entrada en vigor²⁰. Como afirma la propia sentencia que el Tribunal refiere, «los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones [...] hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos».

Recurrir al criterio ahora propuesto por el Tribunal para delimitar el objeto del derecho supone destruir su carácter formal, basado en las características técnicas del medio, y asumir un criterio material y completamente voluble como es la *voluntad de excluir del proceso comunicativo a terceros no intervinientes*. Para apreciar la voluntad de los interlocutores, y descartado que pueda determinarse por referencia al medio escogido para mantener la comunicación, habrá que acudir precisamente al grado de reserva que, con sus propios actos, determine el contexto en que la conversación se produce: el lugar, la hora, el volumen de la voz... Aspectos que remiten de nuevo a los términos en que ha sido entendido el derecho a la intimidad.

¹⁷ Cursivas añadidas.

¹⁸ «[...] ha de tenerse en cuenta que el término “comunicaciones” al que se refiere el art. 18.3 CE, sirve para denotar el objeto de protección de este derecho constitucional sea cual sea el medio a través del cual la comunicación tiene lugar —postal, telegráfico, telefónico...—» (STC 281/2006, de 9 de octubre, FJ 3).

¹⁹ STC 170/2013, de 7 de octubre (FJ 4).

²⁰ «[...] la noción constitucional de comunicación ha de incorporar los elementos o características comunes a toda clase de comunicación» (STC 281/2006, de 9 de octubre (FJ 3).

Esta pendiente resbaladiza ha sido ya recorrida en otras ocasiones, al recurrir al concepto de «expectativa razonable de privacidad» para delimitar un derecho de carácter formal²¹. Y vuelve a hacerse en este caso, afirmando que «la expectativa de privacidad que en estos últimos casos pueden llegar a tener los intervinientes en el proceso comunicativo no solamente es mayor por razón del lugar, o del contexto, donde el proceso de comunicación es mantenido, sino que también existe el riesgo apriorístico de que la intervención pueda afectar a cuestiones relativas al núcleo más profundo de su intimidad».

El Tribunal parece apuntarse a la valoración indiferenciada de los objetos de los derechos del art. 18, tan habitual en la doctrina del TEDH, a través del concepto de *privacidad*; bien jurídico que no está protegido en nuestro sistema constitucional, sino en tanto sus concretas manifestaciones confluyan en los objetos, con fronteras precisas, de los derechos fundamentales, estos sí, expresamente reconocidos en los diversos apartados del 18 CE²².

III. DURACIÓN DE LA MEDIDA

Residenciada en el art. 18.3 CE la grabación de conversaciones orales, el objeto del procedimiento de amparo consiste en determinar la corrección de la interpretación efectuada por el juzgado de las normas reguladoras de la duración de la medida, con el fin de controlar que «no es ilógica, o indiscutiblemente extravagante, de tal manera que se garantice su cognoscibilidad y previsibilidad» (FJ 6). Se trata, en definitiva, de dilucidar si las escuchas pueden ser acordadas por un lapso temporal —tres meses, en el caso— o si la actual regulación exige en todo caso su autorización para la captación de las conversaciones producidas en entrevistas concretas del investigado, como parece derivarse de su tenor literal²³.

²¹ STC 241/2012, de 17 de diciembre (FJ 6).

²² *Vid.* sobre esta cuestión Jove Villares (2020: 157-160) y Rosoux (2017).

²³ El art. 588 *quater*.b.1 dispone que «[l]a utilización de los dispositivos a que se refiere el artículo anterior ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación». Por su parte, el art. 588 *quater*.c, al regular el contenido de la resolución judicial, señala que esta «deberá contener, además de las exigencias reguladas en el artículo 588 bis c, una mención concreta al lugar o dependencias, así como a los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia». Finalmente, cabe recordar que el preámbulo de la Ley Orgánica 13/2005 afirma que «[e]sta medida solo podrá acordarse para encuentros concretos que vaya a mantener el investigado, debiéndose identificar con

La doctrina se ha decantado mayoritariamente por la segunda opción, considerando que esta medida, de carácter excepcional por su intensa afición a derechos fundamentales, «solo adquiere significado cuando se pone en relación con encuentros previsibles y de cuya programada realidad hayan llegado a tener conocimiento los investigadores» (Marchena y González-Cuéllar, 2015: 354)²⁴.

Existen, no obstante, opiniones discrepantes. Casanova Martí (2016: 6) interpreta la ausencia de regulación de la duración de esta medida como un «grave descuido del legislador». Por su parte, Richard Martínez (2017: 275) considera que la vinculación de la práctica de esta medida a encuentros concretos no resulta operativa, por lo que, ante la ausencia de normación de plazo alguno, será el juez quien fije su duración en el auto de autorización. Para el establecimiento de plazo máximo, propone recurrir al previsto para el registro remoto de equipos informáticos en el art. 588 *septies.c* LECrim: un mes, prorrogable hasta un máximo de tres meses.

Las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 3 y 28 de diciembre de 2020 enjuician la validez de sendas diligencias de captación de conversaciones orales en el domicilio de los investigados que habían sido autorizadas por plazo de un mes. En ambos casos se concluye su nulidad al no vincular la práctica de esta medida a concretos encuentros del investigado. No obstante, consideran posible el establecimiento de «un breve período de tiempo» en aquellos casos en los que la previsibilidad de los encuentros no pueda fijarse con la exactitud oportuna; plazo que opera en todo caso como «garantía añadida al anticipado conocimiento de un contacto preciso, previsible y de cuya existencia próxima pueden aportarse relevantes indicios»²⁵.

El Tribunal Constitucional avala, en la sentencia objeto de este comentario, la interpretación realizada por el juzgado de instrucción, considerándola como razonable con base en los siguientes motivos:

- a) La utilización de la forma gramatical plural al regular los presupuestos de aplicación —«uno o varios encuentros», 588 *quater.b.1*— permite

precisión el lugar o dependencias sometidos a vigilancia. Por tanto, no caben autorizaciones de captación y grabación de conversaciones orales de carácter general o indiscriminadas, y, en consecuencia, el dispositivo de escucha y, en su caso, las cámaras a él asociadas, deberán desactivarse tan pronto finalice la conversación cuya captación fue permitida, como se desprende del artículo 588 *quater c*».

²⁴ También mantienen este criterio Velasco Núñez (2016: 112), Rosales Leal (2018: 18), Díaz Martínez (2018: 105) y Bellido Penadés (2020: 125).

²⁵ *Vid.* SSTS, Sala de lo Penal, de 3 de diciembre de 2020 (recurso 10275/2020), FJ 5, y de 28 de diciembre de 2020 (recurso 10289/2020), FJ 2.

interpretar que la medida puede quedar excepcionalmente definida con un alcance temporal determinado, estableciendo un plazo durante el cual sea previsible que se produzcan los encuentros.

- b) También el art. 588 *quater.c* utiliza el plural para referirse a los encuentros de los que debe dar cuenta la resolución judicial. Sobre esta cuestión, el Tribunal añade que, «por el contrario, emplea una fórmula gramatical singular, junto al adjetivo “concreto”, para referirse al “lugar” donde los dispositivos serán colocados. De esta redacción se infiere que las exigencias derivadas de la utilización del adjetivo “concreto” han de referirse exclusivamente al lugar —o dependencias— donde los dispositivos serán colocados, y no, por el contrario, a los encuentros objeto de monitorización».
- c) Este mismo artículo se remite al 588 bis.c, que, en sede de disposiciones comunes, regula el contenido de la resolución judicial, incluyendo en su apdo. 3.e «la duración de la medida». De ello extrae el Tribunal que «[l]a remisión a este apartado reafirma la tesis de que la voluntad del legislador era otorgar al juez la posibilidad de fijar un lapso temporal de duración de la medida».
- d) También apoya su argumentación en la remisión que el 588 *quater.e* realiza al 588 bis.j respecto al cese de la medida, que se producirá, entre otras razones, «cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada».
- e) Por último, descarta la interpretación literal de los términos en que se expresa el preámbulo, considerando que el deber de desconexión de los dispositivos «no se refiere a cada uno de los encuentros objeto de la medida sino al conjunto de ellos».

No obstante, el Tribunal Constitucional avala esta interpretación como excepcional y siempre condicionada por los indicios sobre los encuentros: «Solo cuando indiciariamente no sea posible prever con exactitud el momento en que tendrán lugar tales encuentros podrá delimitarse el alcance de la intervención mediante la fijación de un plazo». Para la fijación del plazo máximo de captación aplica analógicamente el previsto para la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas: tres meses desde la fecha de autorización judicial, *ex* 588 *ter.g*.

Consideramos, sin embargo, que, pese al estrecho margen de control que corresponde al Tribunal Constitucional en tales casos, existen argumentos para apreciar que la interpretación del juzgado desborda el tenor literal de la norma hasta el punto de hacerla imprevisible para sus destinatarios y, por tanto, resulta constitucionalmente rechazable.

Como constantemente recuerda el Tribunal en la sentencia comentada, con cita de su propia jurisprudencia y la del TEDH, la norma limitativa de derechos fundamentales debe ser especialmente precisa, de modo que permita conocer los requisitos y circunstancias en que la medida puede ser ejecutada, facultando a los posibles destinatarios a regular su conducta.

Entre los elementos que el TEDH ha entendido determinantes de la calidad de la ley respecto a medidas de este tipo se encuentra precisamente el de la previsión de su duración²⁶. El legislador español, único legitimado para el desarrollo de los derechos fundamentales, no ha previsto para las conversaciones orales la posibilidad de su captación en un lapso temporal, sino que la duración de tal medida se prevé precisamente respecto de encuentros concretos que mantenga el investigado²⁷.

La interpretación alternativa que defendemos, y que consideramos más acorde a la voluntad del legislador y más respetuosa con los derechos fundamentales en juego, se basa en los siguientes motivos, que presentamos en forma de correlato con los expresados por el Tribunal:

- a) El art. 588 *quater*.a distingue entre *colocación* y *utilización* de dispositivos de escucha. Por su parte, la posibilidad de adoptar esta medida para «uno o varios encuentros» (588 *quater*.b.1) viene referida exclusivamente a su *utilización*. De la interpretación conjunta de ambas normas cabe deducir que, si bien es posible mantener los dispositivos colocados en un emplazamiento para su utilización en distintos encuentros, su activación se permite exclusivamente para aquellos concretamente autorizados²⁸. Esta es, además, la interpretación más

²⁶ Por todas, SSTEDH de 24 de abril de 1990 (asuntos *Huwig y Kruslin c. Francia*, § 34 y § 35, respectivamente).

²⁷ El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal reafirma la misma voluntad con una mayor precisión en su redacción. El art. 348.3 dispone que «la vigilancia acústica de las conversaciones y la grabación del sonido, complementada, en su caso, con la obtención de imágenes, se limitará al encuentro concreto para el que se concedió la autorización, sin perjuicio de su ampliación a otros posteriores, cada uno de los cuales deberá ser objeto de la correspondiente autorización judicial». Por su parte, el art. 388.1.f, al regular el contenido de la resolución judicial, exige la inclusión del «encuentro concreto al que se contraiga la ejecución de la medida, sin que pueda extenderse a otros posteriores salvo que se acuerde la ampliación conforme a lo previsto en el artículo 390.2 de esta ley».

²⁸ En similares términos se expresa la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2019, de 6 de marzo, cuando afirma que «la colocación y la utilización tendrán un diferente alcance en aquellos casos en los que el Juez autorice la grabación de varios encuentros

respetuosa con la voluntad del legislador, expresamente manifestada en el preámbulo, cuando se refiere al deber de desactivación de los dispositivos una vez finalizada la conversación objeto de vigilancia.

Por otro lado, solo se permite, en coherencia con el principio de especialidad, «la captación y grabación de las comunicaciones orales directas *que se mantengan por el investigado*». Admitir que la medida pueda ser practicada durante un plazo determinado, desligado, por tanto, de concretos encuentros, encierra un alto riesgo de afcción a los derechos fundamentales de otras personas que, no siendo objeto de investigación, se encuentren en el lugar donde el dispositivo ha sido emplazado.

- b) La utilización del plural respecto de la previsión de los encuentros en la resolución judicial (588 *quater.c*) admite una interpretación más coherente con la regulación de la medida que la mantenida por el juzgado y avalada por el Tribunal Constitucional. El legislador simplemente pretende que no sea necesario dictar una resolución para cada uno de los encuentros que se prevea que pueda mantener el investigado, sino que una misma resolución sirva para autorizar la vigilancia de varios encuentros. Lo que se ajusta, además, a la distinción entre colocación y utilización de los dispositivos y al deber de su desactivación a que nos hemos referido en el apartado anterior.

Resulta especialmente sorprendente la interpretación que realiza el Tribunal de este artículo al conectar el adjetivo «concreto» [sic] exclusivamente con el lugar del emplazamiento de los micrófonos. Es evidente que el adjetivo «concreta» —que asume el género y número del sustantivo que califica— viene referido a «mención». Lo que exige la norma es que la resolución judicial contenga una mención concreta tanto del emplazamiento de los dispositivos como del encuentro o encuentros cuya vigilancia se autorice.

- c) La remisión a las disposiciones comunes no puede entenderse en ningún caso como indiscriminada. Los contenidos que se prevén en el art. 588 bis.c.3 deben conectarse necesariamente con la naturaleza de cada una de las medidas. Por ello, la exigencia de explicitar la duración de la medida en la resolución judicial no puede entenderse aplicable sin más a todas las concretas medidas que se regulan en los

no consecutivos en el tiempo en los que, por motivos de seguridad y para evitar riesgos, los dispositivos de grabación queden instalados en el lugar durante el tiempo que transcurra entre los encuentros, debiendo garantizarse por la Policía Judicial la desactivación de los dispositivos en los momentos no comprendidos en la autorización judicial».

capítulos siguientes, so riesgo de caer en el absurdo de exigir su aplicación también en el caso de las medidas de carácter estático. La duración de la captación de conversaciones orales vendrá determinada por la de los encuentros sometidos a vigilancia.

Sorprende, además, que, en este punto, el Tribunal no haga referencia alguna al art. 588 bis.e.1: «Las medidas reguladas en el presente capítulo [sic] tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos».

La captación de conversaciones orales es la única medida de carácter dinámico en que la regulación específica no prevé un plazo de duración determinada²⁹. Esta omisión no puede ser en ningún caso entendida como un olvido del legislador necesitado de integración analógica, sino que expresa su voluntad de que sea autorizada única y exclusivamente para determinadas entrevistas del investigado.

- d) Las mismas consideraciones del apartado anterior pueden hacerse respecto a la remisión del 588 *quater.e* a las disposiciones comunes sobre el cese de la medida. No es cabalmente posible extraer la posibilidad de autorizar la grabación de conversaciones por un plazo, en contra de la regulación concreta de la medida, por el mero hecho de que la norma común disponga que las medidas cesarán transcurrido el plazo para el que fueron autorizadas. La remisión debe entenderse realizada al resto de causas de cese: la desaparición de las circunstancias que justificaron su adopción o la ausencia de consecución de los resultados pretendidos.
- e) Es cierto que el preámbulo carece de valor normativo directo y que el órgano encargado de la aplicación de la norma está únicamente sujeto a lo regulado. También lo es que el art. 588 *quater.c* no establece expresamente el deber de desactivación de los dispositivos tras cada conversación como sugiere aquel. Pero resulta curioso que el Tribunal quiera apreciar la voluntad del legislador a partir de remisiones normativas ciertamente difusas y, sin embargo, rechace la expresamente manifestada.

Finalmente, si bien es plausible que el Tribunal admita la interpretación del juzgado solo con carácter excepcional, no lo es el criterio analógico

²⁹ Para la intervención de comunicación y la utilización de dispositivos de seguimiento y localización se prevé un plazo de tres meses (arts. 588 *ter.g* y 588 *quinquies.c*, respectivamente); y de un mes para el registro remoto de equipos informáticos (art. 588 *septies.c*).

utilizado para el establecimiento del plazo máximo de duración. No parece coherente calificar la práctica de excepcional y, al tiempo, permitir su ejecución por el mayor plazo previsto para las medidas de investigación tecnológicas, cuando, además, la captación de conversaciones orales supone una medida especialmente incisiva en los derechos fundamentales del investigado.

IV. CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional parece —quizá— decidido a dejar atrás la delimitación tradicional del derecho fundamental del art. 18.3 CE, presidida por la inescindible vinculación entre secreto y medio técnico de comunicación. No obstante, ampliar su objeto hasta incluir la grabación de conversaciones directas supone desbordar las fronteras del derecho en sus precisos términos, con el consecuente riesgo de mermar su eficacia garantizadora y sin generar, sin embargo, beneficios aparentes.

La obligación constitucional de interpretar las normas iusfundamentales de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede considerarse igualmente cumplida residenciando las conversaciones orales en el derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE, garantizando un nivel equivalente de protección y una delimitación más precisa de los derechos internos.

Por su parte, la interpretación del juzgado de las normas reguladoras de la duración de la medida, ratificada por el Tribunal Constitucional, proporciona sin duda una mayor eficacia de esta herramienta para la investigación penal. Sin embargo, lo es a costa de su tenor literal y de la voluntad del legislador.

No resulta adecuado instar al legislador a regular la medida y, una vez cumplido el encargo constitucionalmente asignado, admitir una interpretación que excede su voluntad. La dificultad de prever los encuentros concretos del investigado no puede servir de criterio para adoptar una interpretación más gravosa para los derechos fundamentales, además de extravagante por imprevisible para sus destinatarios.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en marcha constituye una buena oportunidad para clarificar los términos de esta medida, que en la fase prelegislativa actual confirma más rotundamente la voluntad de autorizarla solo excepcionalmente para determinados encuentros del investigado.

Bibliografía

Bellido Penadés, R. (2020). *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Casanova Martí, R. (2016). La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. *Diario La Ley*, 8674, 1-14.
- Díaz Martínez, M. (2018). La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. En M. Díaz e I. López-Barajas (coords.). *La nueva reforma procesal penal. Derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas* (pp. 85-111). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Elvira Perales, A. (2007). *Derecho al secreto de las comunicaciones*. Madrid: Iustel.
- (2019). Derecho al secreto de las comunicaciones. En F. J. Matia y G. López (dirs.). *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción* (pp. 115-140). Valencia: Tirant lo Blanch.
- González, M. R. (2017). *Investigación y prueba mediante medidas de intervención de las comunicaciones, dispositivos electrónicos y grabación de imagen y sonido*. Madrid: La Ley.
- Jiménez Campo, J. (1987). La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20, 35-82.
- Jove Villares, D. (2020). *Quo vadis, intimidad?* En A. Pérez Miras, G. M. Teruel Lozano, E. C. Raffiotta y M. Pia Iadicicco (dirs.). *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española* (vol. II) (pp. 151-165). Madrid: Boletín Oficial del Estado; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Disponible en: <https://bit.ly/3xZG7Qy>.
- Marchena Gómez, M. y González-Cuéllar Serrano, N. (2015). *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna.
- Martín Morales, R. (1995). *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.
- Ocón García, J. (2020). El TEDH y la delimitación del secreto de las comunicaciones: un caso de recepción revisable. *Anales de Derecho*, número especial, 1-29. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/analesderecho.452711>.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2018). *El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado*. Bruselas: Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Disponible en: <https://bit.ly/3y0oBLQ>.
- Rivero Sánchez-Covisa, F. J. (2017). *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Dykinson.
- Rosales Leal, M. A. (2018). Captación y grabación de comunicaciones orales directas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 30, 5. Disponible en: <https://bit.ly/3LSPSWj>.
- Rosoux, G. (2017). Au cœur de la protection “multi-niveaux” et du dialogue juridictionnel: la “dématérialisation” des droits fondamentaux comme clé de lecture du raisonnement actuel dans le domaine des droits fondamentaux. *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, 9, 71-99. Disponible en: <https://bit.ly/3Ri7bRF>.
- Velasco Núñez, E. (2016). *Delitos tecnológicos: definición, investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Sepín.
- Zoco Zabala, C. (2017). Intervención de las comunicaciones e intervención de las conversaciones: una misma protección iusfundamental. En F. J. Herrero y C. Mateos (coords.). *Del verbo al bit* (pp. 344-363). La Laguna: Sociedad Latina de Comunicación Social.

- (2019). Secreto de las comunicaciones en la frontera de la revolución tecnológica. En R. Chueca (dir.), *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa* (pp. 311-338). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Zuiderveen Borgesius, F. J. y Steenbruggen, W. (2019). The right to communications confidentiality in Europe: protecting privacy, freedom of expression, and trust. *Theoretical Inquiries in Law*, 20 (1), 291-322. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/til-2019-0010>.