

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• ENUNCIADO:

*La policía investiga las actividades presuntamente delictivas de JMC. El trabajo de los agentes permite colegir movimientos extraños del citado, desplazamientos sorprendidos, ingresos de dinero aparentemente poco justificados, relaciones con personas de dudosa moralidad, etc., y un sin fin de datos, todos documentados y entregados al Juez de instrucción de Alcalá de Henares, mediante un oficio en el cual se le solicita la intervención de las comunicaciones, pues hasta aquí llega la policía y no puede ir más allá en sus descubrimientos; entendiéndose necesaria la restricción del derecho fundamental a las comunicaciones, como paso definitivo para la revelación de la actividad criminal de JMC, pues, sólo con la limitación por la autoridad judicial competente, se pensaba podría descubrirse el todo o lo suficiente, con la base probatoria imprescindible a los efectos de un posible juicio y de una posible condena que, en definitiva, destruyera la presunción de inocencia.*

*El oficio de la policía sólo contenía la narración fáctica de lo descubierto, y se pedía en él la resolución para poder continuar con la investigación. El oficio (¡eso sí!) era profuso, válido para la ilustración de Su Señoría y completo, en cuanto proporcionaba todo lo necesario para el juicio de razonabilidad.*

*El Juez, tras la lectura del oficio, se limitó, sin más fundamentación ni investigación de comprobación paralela de lo actuado por la policía, a dictar el auto de autorización de la intervención telefónica que se le solicitaba, con la práctica transcripción del oficio policial, sin proceder a la motivación exhaustiva jurídica del auto, por la aparente evidencia de la necesidad de la intervención, derivada del contenido del oficio que, según entendía la autoridad judicial, hacía innecesaria la motivación de lo obvio por datos suficientes; asistiéndole asimismo razones atinentes a la carga de trabajo que existía en su juzgado y a la rapidez que requería la adopción de una medida de esta naturaleza, que redundaría en una mayor eficacia de la investigación de los hechos, por el más acertado peso de la falta de sospechas del investigado y la proporcionalidad de la medida por la gravedad del delito perseguido.*

*Acordó, por tanto, la intervención, con precisión subjetiva; pero con una simple referencia al oficio de la policía, que obraba en autos con amplitud de datos y demás elementos fácticos, básicos y suficientes a juicio del Juez de instrucción, sirviéndose del modelo al uso en los juzgados, existente para este tipo de peticiones de restricción de derechos fundamentales.*

*Finalizada la intervención telefónica, la policía procedió a la transcripción literal de las cintas, en las partes que según su parecer eran trascendentes, con desestimación de lo accesorio o complementario e inane. No hubo el cotejo de las cintas con la transcripción por el Secretario*

*Judicial. En el acto de la vista, a falta del cotejo, se procedió a la audición de las cintas en los contenidos solicitados por las partes, sometiéndose a la oportuna contradicción.*

*Durante la instrucción de la causa, el Juez se reservó el derecho a prorrogar la medida, sin fijar el tiempo de duración de la misma, que quedaría delimitado a medida que fuera recibiendo las cintas grabadas, deduciendo del resultado de lo descubierto la necesidad de continuar con la medida o no. No obstante, con el fin de no dejar indeterminada la duración de la intervención, acordó la remisión semanal de las cintas grabadas, para, en su caso, tras oírlas decir.*

*Así las cosas, y tras la sentencia condenatoria, la defensa cuestiona todo proceder judicial en la concesión del auto de autorización, por la falta de motivación suficiente, por la falta del control judicial de la medida, concretado en que, al aportarse los resultados de la intervención telefónica al proceso, no se cuidó de acordar la transcripción literal de las cintas, ni la intervención obligada del Secretario Judicial en el cotejo y fidelidad de lo transcrito con lo hablado u oído, por lo que se producía una vulneración de preceptos constitucionales y un claro error en la valoración de la prueba por la falta de judicialización, al no haberse incorporado al acto del juicio elementos necesarios para la contradicción y oralidad. Se viciaba así toda la dinámica oral y se viciaba así el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, quizás, en sus orígenes, válidamente limitado por el auto del Juez; pero por los defectos posteriores indicados en la incorporación al proceso, afectado -en opinión de las defensas- de una nulidad insubsanable retroactiva al momento del auto judicial.*

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Cumplió el Juez con las previsiones legales necesarias para autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas de JMC?
2. La inicial indeterminación temporal de la medida ¿afecta a requisitos esenciales de la limitación de derecho fundamental, subsanables por la remisión semanal de las cintas?
3. La falta de una transcripción y de un cotejo de lo grabado en las cintas ¿es causa de nulidad que vicia el resto de la prueba y anula el juicio oral?
4. Si hay defectos o vicios ¿son de legalidad ordinaria o constitucional?

• **SOLUCIÓN:**

1. Decimos en la primera de las cuestiones que el Juez pudo o no cumplir con las previsiones legales para autorizar la intervención de las comunicaciones de JMC. Queremos ilustrar suficientemente sobre lo necesario para poder limitar el derecho fundamental. El Juez (se deduce del caso) no fundamenta jurídicamente el auto; el Juez se limita a la transcripción fáctica del oficio de la policía; el Juez no hace investigaciones paralelas para la comprobación de lo razonable de la petición de la policía; hace, en fin, uso de un modelo existente en el juzgado. Bien, he aquí los tres fundamentos de la decisión judicial. Recuerda la Sentencia de 16 de febrero de 1998 que toda resolución judicial ha de ser motivada, a fin de evitar la arbitrariedad en la aplicación del derecho. El justiciable ha de saber por qué se decide judicialmente y con qué argumentos. El estado de derecho reprime la arbitrariedad y ésta sería igualmente censurable en la decisión de un Juez no motivada. Además la motivación no sólo afecta a las sentencias, también los autos deben ser motivados. Es una manera de permitir una conclusión fundada en derecho y no arbitraria. Y si bien es cierto lo dicho, en el caso de las intervenciones de los derechos fundamentales, ciertas singularidades derivadas precisamente de

lo que se pretende con el auto de intervención, de la medida a acordar, hacen no que se ausente la razón de la decisión, pero sí que se admitan singularidades en la confección de los autos de ingerencia en las comunicaciones telefónicas, con una motivación «suficiente», derivada de un juicio de razonabilidad a realizar por el Juez. No es la fundamentación jurídica, es más el sentido común de la decisión con una fundamentación «suficiente», la cual no ha de ser necesariamente jurídica, puede derivar del oficio de la policía, si es detallado.

Observar que en el supuesto fáctico se dice varias veces «suficiente», con referencia a los datos que se facilitan por la policía. Se dice no que no hubiera motivación, sino que no era exhaustiva, o sea, detallada y minuciosa. Se habla de lo razonable en la decisión. Ésta es la base de la legalidad del auto del Juez aun cuando no resulte motivado al extremo: lo razonable y suficiente. Por ello se puede decir que, en las autorizaciones de las intervenciones telefónicas, la motivación queda reflejada en el juicio de sentido común del Juez que hace bastante la misma por la remisión al oficio de la policía; y si ese oficio aparece detallado (siendo eso precisamente lo que da a entender el caso en el primer párrafo de la narración fáctica), la remisión a él (insistimos) es modelo acertado y admitido por la jurisprudencia. No se puede pedir una investigación paralela a lo realizado por la policía para así comprobar lo razonable de la petición. El tiempo y la pericia de la investigación son de la policía en esta fase pre-procesal, y no sería lógica la investigación paralela del Juez de lo actuado por ella por cuanto el Juez carece de la información pertinente.

**2.** Hay una clara relación entre la primera de las cuestiones y la segunda. Ahora, admitida la motivación suficiente del auto judicial y la consiguiente legalidad de la intromisión en las comunicaciones de JMC, ahora, decimos, procede determinar si el Juez cumplió con el resto de los requisitos de legalidad. ¿Es subsanable la falta de delimitación temporal de la medida de limitación de las comunicaciones, por el hecho de que cada semana el Juez recibe las cintas grabadas y pueda ir concretando los tiempos y las prórrogas, en su caso?

Bien vendrá exponer los requisitos fundamentales del auto de intervención de las comunicaciones telefónicas, para así llegar a la conclusión de incumplimiento grave de la legalidad vigente. El Juez no puede dejar indeterminada la medida de intervención, y ésta no se subsana por la remisión de las cintas, como si de ellas se dedujera la conveniencia de la duración en mayor o menor tiempo. Esta decisión judicial adolece de una de las exigencias ya apuntadas en el apartado anterior: «La interdicción de la arbitrariedad». Toda motivación tiene su fundamento en el juicio de razón, en el por qué se aplica el derecho de una u otra forma. El derecho se aplica en el tiempo y se razona en el mismo. Si ya se permiten ciertas laxitudes en la motivabilidad de los autos, no se deben incumplir requisitos esenciales que los justifican. La temporalidad ha de quedar prefijada, sin perjuicio de las prórrogas justificadas. La primera garantía para la validez constitucional de la medida es la resolución judicial (el auto); la segunda, que esté «suficientemente motivado»; la tercera, que lo dicte el Juez; la cuarta, en un ámbito procedimental y la quinta, con una finalidad específica. Se puede colegir de lo antedicho que todo se cumple, excepto la delimitación temporal. Y ahora viene la razón de la sinrazón de la nulidad insubsanable a falta de delimitación temporal: los requisitos expuestos son requisitos de legalidad constitucional, por contraposición a los de legalidad ordinaria o procedimental (a los que nos referiremos en la última de las cuestiones). Éstos, los de carácter constitucional, deben cumplirse en su totalidad. El Juez obró arbitrariamente, incumpliendo un requisito legal esencial. El auto judicial debe contener necesariamente el tiempo de la intervención telefónica.

**3.** La falta de la transcripción literal del contenido de las cintas, así como la ausencia del cotejo por la intervención del Secretario Judicial, ¿es causa de nulidad de lo actuado y, por tanto, vicia todo el procedimiento?

Tiene manifestado el Tribunal Supremo y reiteradamente el Tribunal Constitucional que una cosa es el control de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, como sucede en el caso del secreto de las comunicaciones, y otra bien distinta las cuestiones de práctica procesal atinentes a la prueba. La falta de la transcripción literal de las cintas no vicia de nulidad toda la instrucción, sino que en todo caso podría afectar a la prueba en el acto de la vista oral. Cuando no se pide la audición de las cintas en la vista oral, el hecho puede quedar probado por otros elementos igualmente válidos: la contradicción derivada de la testifical, por ejemplo, o la lectura, para la contradicción, de la transcripción literal. En este caso, si ha de transcribirse el contenido de la cinta, conviene preconstituir la prueba con el cotejo o la intervención del Secretario. Por tanto, debe quedar bien claro desde el principio que, cuando el caso práctico indica que no interviene el Secretario Judicial y que no se transcribe literalmente el contenido de las cintas, no se está dañando una cuestión de legalidad constitucional sino de práctica procesal. Y por la misma razón, todo lo referido a la custodia o recepción o entrega del material probatorio a las diligencias judiciales no tiene nada que ver con la restricción de ningún derecho fundamental.

4. A la última de las cuestiones ya le hemos dado contestación en la exposición final del apartado anterior: habrá vicios procedimentales (si los hay), pero lo que no existe es vulneración de legalidad constitucional. El artículo 18.3 de la Constitución Española no tiene nada que ver con la legalidad ordinaria propia de la práctica procesal, que puede inspirar por razones de economía procesal que no se produzca la transcripción ni la intervención del Secretario Judicial, por poder ser bastante, a efectos de la prueba, la audición de la cinta o la contradicción oral en el acto de la vista, conforme a los criterios apuntados.

El Juez puede motivar exhaustivamente, puede acordar la transcripción y el cotejo, puede oír las cintas para decidir si continúa o no con la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones, y se podría además acordar la audición de las cintas no obstante todo lo anterior, pero la lógica del trabajo en el juzgado y la lógica del sistema judicial, si se garantiza la contradicción, hace innecesarios el rigor y la literalidad procesal, al tiempo que de escaso sentido común la instrucción. Es decir, y para concluir, la legalidad ordinaria se puede soslayar con otros medios también ordinarios de prueba, tan válidos como los omitidos; la constitucional no admite interpretaciones complementarias o paralelas.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Constitución Española, art. 18.3.**
- **Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 11.1.**
- **SSTC 49/1999, 166/1999, 202/2001 y 167/2002.**
- **SSTS de 26 de junio de 2000, 11 de mayo de 2001 y 25 de junio de 2003.**